

**De nuevo, la organización territorial de Andalucía
cuestionada por una consulta popular: a propósito de
la sentencia del Tribunal Supremo de
25 de septiembre de 2023**

**Once again, the territorial organization of Andalusia
questioned by a popular consultation: regarding the
Supreme Court ruling of September 25, 2023**

*Inmaculada Ruiz Magaña*¹

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Jaén

<https://orcid.org/0000-0002-2466-7235>

RESUMEN: Una vez más, en Andalucía se plantea, de nuevo, la ruptura del modelo territorial. Ya lo hizo en 1998 Algeciras, que promovió la celebración de una consulta popular para la conversión del Municipio y su entorno comarcal en una novena Provincia andaluza, y recientemente, en 2022, La Línea de la Concepción, que pretendía celebrar una consulta popular para constituirse en comunidad autónoma. En este trabajo se analiza la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2023 (recurso n.º 1013/2022) que tiene como Ponente a Pablo María Lucas Murillo de la Cueva, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por La Línea de la Concepción ante la negativa del Consejo de Ministros de celebrar la consulta popular. En este caso se plantean cuestiones de interés relativas a los requisitos de las consultas populares del artículo 71 LBRL y a la aplicación del régimen del silencio administrativo positivo.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto del Instituto de Estudios Giennenses «La sostenibilidad y la digitalización en el turismo rural: una propuesta clave para dinamizar la provincia de Jaén», del que soy Investigadora Principal, así como del Proyecto I+D+i del Plan Nacional con ref. PID2022-141071OB-C22), del que es Investigadora Principal la Prof. Eloísa Carbonell Porras, que se desarrolla en el Grupo PAIDI SEJ-630: «Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico».

Recibido: 16-04-2024

Aceptado: 3-10-2024

ABSTRACT: Once again, in Andalusia, the territorial model is being questioned. Algeciras had already done so in 1998, when it promoted the holding of a popular consultation for the conversion of the Municipality and its surrounding area into a ninth Andalusian province, and recently, in 2022, La Línea de la Concepción, which intended to hold a popular consultation to become an Autonomous Community. This paper analyses the Judgment of the Third Chamber of the Supreme Court of 25 September 2023 (appeal 1013/2022), with Pablo María Lucas Murillo de la Cueva as Rapporteur, which rejects the contentious-administrative appeal lodged by La Línea de la Concepción, confirming the refusal of the Council of Ministers to hold the referendum. This case raises questions of interest relating to the requirements for popular consultations under article 71 LBRL and the application of the regime of positive administrative silence.

PALABRAS CLAVE: autonomía local, consulta popular local, organización territorial, silencio administrativo.

KEY WORDS: local autonomy, local popular consultation, territorial organisation, administrative silence.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. UNA CONSULTA POPULAR QUE EXCEDE LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 71 LBRL. III. INICIO Y FIN DEL PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA CONSULTA: ¿SILENCIO POSITIVO O NEGATIVO? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Que un municipio trate de promover una consulta popular que pone en jaque la estructura territorial de Andalucía está dejando de ser un fenómeno aislado. Al igual que tampoco lo es que la iniciativa provenga de una administración local gaditana. Primero lo hizo, en 1998, el Ayuntamiento de Algeciras, que impulsó la celebración de una consulta popular para la conversión del Municipio y su entorno comarcal en una novena provincia andaluza, y, recientemente, en 2022, lo ha hecho, en 2022, La Línea de la Concepción, que pretendía celebrar una consulta popular para constituirse en comunidad autónoma. En esta situación, ante la negativa del Consejo de Ministros de autorizar la celebración de la consulta popular, el Municipio interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo que se pronuncia a través de la sentencia de 25 de septiembre de 2023 (recurso n.º 1013/2022), que tiene como Ponente a Pablo María Lucas Murillo de la Cueva. A su análisis se dedica este trabajo. Sin perjuicio de ello, con carácter previo, es

necesario hacer siquiera una somera referencia al marco normativo de las consultas populares locales en Andalucía.

En la delimitación del régimen aplicable a las consultas populares hay que partir del artículo 149.1. 32.º de la Constitución Española (en adelante, CE), que reserva al Estado la competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de aquellas consultas que se celebren por vía de referéndum. En consecuencia, los restantes aspectos relativos a la materia indicada pueden ser competencia de las comunidades autónomas si así lo prevén sus respectivos estatutos. La previsión del artículo 149 conecta con el artículo 92.3 que establece una reserva de ley orgánica para la regulación de las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. En cumplimiento de este mandato, se desarrolla la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum que excluye de su ámbito de aplicación «las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización» (disposición adicional). De ahí que la regulación de las consultas populares municipales responda a un régimen jurídico propio que ha sido fijado por el artículo 71 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL).

A nivel autonómico, tanto la primera Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para Andalucía como la vigente Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante, EA 2007) han asumido competencias para la celebración de consultas populares (arts. 15.2 y 78, respectivamente)². Es más, durante el periodo de vigencia del Estatuto de Autonomía de 1981 se aprobó la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía (en adelante, Ley 2/2001), aún hoy en vigor, que hace suyo el contenido del artículo 71 LBRL y añade algunas particularidades procedimentales³. En los últimos años, es tal el protagonismo que ha adquirido la participación ciudadana en la esfera pública que en 2017 se aprobó

² Sobre el art. 78 EA 2007 véase BUENO ARMILLO, A., «Competencias sobre consultas populares. En especial por vía de referéndum (Comentario al art. 78)», en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas, Pamplona, pp. 777 y ss.

³ Para un estudio sobre la Ley 2/2001 véase NÚÑEZ LOZANO, M. C., «Las consultas populares locales», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 42, 2001, pp. 427 y ss. Un comentario sobre consultas populares promovidas en Andalucía desde 1985 hasta 2017 puede encontrarse RUIZ MAGAÑA, I., «Consultas populares y Entidades Locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 13, 2020, pp. 58 y 59.

la Ley n.º 7, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía⁴. No obstante, esta no ha afectado al régimen de consultas populares locales del artículo 71 LBRL ni, por ende, de la Ley 2/2001⁵.

Procede, ahora sí, detenernos sobre las circunstancias que dan lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2023, ya citada. Cabe remontar los hechos al 10 de marzo de 2022, fecha en la que el Pleno del Ayuntamiento de la Línea de la Concepción acordó por mayoría absoluta celebrar, previa autorización del Consejo de Ministros, una consulta popular sobre la conversión del Municipio en comunidad autónoma en virtud del artículo 144.a) CE. Este prevé que las Cortes Generales podrán, mediante ley orgánica, autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia. En este marco, la pregunta que el Pleno municipal planteaba formular era la siguiente:

«¿Cree usted conveniente que el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción eleve al Gobierno de la Nación y a las Cortes Generales una petición para instar la conversión del municipio en comunidad autónoma de acuerdo con el artículo 144 a) de la Constitución Española?».

Actuando de conformidad con el artículo 10.2 Ley 2/2001, el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción da traslado el 15 de marzo de 2022 de una certificación literal del acuerdo favorable del Pleno junto con una copia del expediente a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa para que, posteriormente, desde la Presidencia de la Junta de Andalucía, se remitiesen dichos documentos al Gobierno estatal⁶. Unos siete meses después, el 25 de octubre de 2022, el Consejo de Ministros adoptó un Acuerdo por el que denegaba la autorización para la celebración de la consulta al entender que desbordaba la competencia del Municipio y, por tanto, las exigencias del artículo 71 LBRL.

⁴ Muestra de la relevancia de la temática es la proliferación de estudios al respecto, como el realizado por HERNÁNDEZ DIEZ, E., *La administración española ante la participación juvenil*, Madrid Iustel, 2022.

⁵ Pese a ello, la Ley crea la figura de unas consultas, denominadas «consultas participativas», que pueden tener tanto carácter autonómico como local (arts. 33-50). Sobre las consultas participativas locales véase RUIZ MAGAÑA, I. (2020: 64 y ss.). Recientemente, otras comunidades autónomas, también han regulado modalidades de consulta popular distintas a las previstas por el artículo 71 LBRL. A estas han prestado atención FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 143 y ss. Asimismo, cfr. las conclusiones de SUAY RINCÓN, J., «Consultas populares y referéndums», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 30-31, 2018-2019, pp. 47 y ss.

⁶ Actualmente, de acuerdo con el artículo 1.e) Decreto 152/2022, de 9 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, las competencias sobre las consultas populares de la Ley 2/2001 corresponden a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa.

El problema que se genera en este caso es que la Junta de Andalucía traslada al Ministerio de Administración Territorial la solicitud y el expediente vía correo electrónico –lo hizo el 12 de abril de 2022, cumpliendo con el plazo fijado por el artículo 10.3 Ley 2/2001, que era de un máximo de veinte días hábiles desde la recepción del acuerdo del Pleno–. Pero, al haber utilizado esta vía de comunicación, en lugar del registro electrónico, el Gobierno estatal no se pronuncia sobre la petición de autorización de la consulta popular. No es hasta que cinco meses después, una vez que, en septiembre de 2022, el Alcalde del Municipio, atendiendo a que habían transcurrido más de tres meses desde que se remitió la solicitud y considerando que el régimen del silencio en este caso era positivo, solicita al Gobierno estatal una certificación de acto presunto. Esta petición fue la primera que entró en el registro estatal y no fue hasta entonces cuando el Gobierno tuvo por iniciado el procedimiento.

En estas circunstancias, el Ayuntamiento gaditano interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo al considerar, por una parte, que la consulta sí se ajustaba a la LBRL y, por otra, que se trataba de un procedimiento iniciado a instancia de parte en el que era de aplicación el régimen del silencio positivo, procediendo expedir el certificado de acto presunto.

De todo lo expuesto se desprende que, para realizar un adecuado análisis, el caso que se plantea debe ser abordado desde una doble perspectiva: una sustantiva, ya que no cabe celebrar una consulta popular sobre cualquier materia, y otra procedimental, relativa al silencio administrativo. A ambas cuestiones me refiero seguidamente.

II. UNA CONSULTA QUE EXCEDE LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 71 LBRL

Tal y como se ha anticipado, el artículo 71 LBRL establece los requisitos que deben reunir, de acuerdo con la legislación básica, las consultas populares locales. Su tenor es el siguiente:

«De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local»⁷.

⁷ Sobre el artículo 71 LBRL, véase, por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Artículo 71», en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant Lo Blanch,

Formalmente, por tanto, para que se pueda celebrar una consulta popular es necesario que se produzca, en primer lugar, un consenso del Pleno municipal, que deberá adoptar un acuerdo por mayoría absoluta, y, en segundo lugar, que el Gobierno estatal autorice su celebración. Desde un punto de vista material, los asuntos sobre los que puede versar la consulta deben cumplir una serie de requisitos, en concreto, deben ser: i) de competencia propia municipal, esto es, alguna de las que enuncia el artículo 25 LBRL o de las competencias propias atribuidas por la legislación sectorial con tal carácter; ii) de carácter local, es decir, que trate sobre una materia cuyo objeto o alcance no trascienda más allá del término municipal correspondiente [en este sentido, STS de 7 de marzo de 2019 (recurso n.º 410/2017), FJ 3]; y, iii) de especial relevancia para los vecinos, o sea, que este mecanismo no se utilice para atender asuntos de mera administración ordinaria. Como límites, del artículo 71 se deduce que quedan excluidas aquellas materias que, primero, no sean conformes con la legislación del Estado y de la comunidad autónoma y, segundo, sean propias de la Hacienda Local.

Los requisitos señalados tienen carácter concurrente lo que ha provocado que esta forma de participación sea calificada por la doctrina como restrictiva⁸. Igualmente, la jurisprudencia ha destacado que las exigencias de la LBRL revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales [entre otras, STS de 17 de febrero de 2000 (recurso n.º 404/1998), FJ 5].

El Ayuntamiento de La Línea de la Concepción defendió que su pretensión se adecuaba al artículo 71 LBRL aduciendo, por un lado, que su propósito no suponía una reforma del EA 2007 y, por otro, que versaba sobre una cuestión que no excedía de los intereses municipales. A continuación, se estudian estas alegaciones.

A) En apoyo del primer argumento, se invoca la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1986, de 11 de julio, que desestima los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno y el Parlamento Vascos contra la disposición transitoria séptima, apartado 3, de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de

Valencia, Tomo II, 2007, pp. 1799 y ss.

⁸ Entre otros, FONT I LLOVET, T., «El referéndum local en España», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 2-3, 1985, p. 127; SÁNCHEZ MORÓN, M., «El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación de la ciudadanía», en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, p. 318; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y participación ciudadana en la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 273; ORDUÑA PRADA, E., «Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales», en *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1, 2017, pp. 87 y 88; y GARCÍA PÉREZ, M., «Cuestiones jurídicas en torno a la celebración de una consulta popular municipal», en *Revista Gallega de Administración Pública*, n.º 56, 2018, p. 375.

febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León que admite la posibilidad de que un territorio o municipio que constituya un enclave perteneciente a una provincia integrada en la Comunidad Autónoma pueda segregarse de la misma e incorporarse a otra comunidad autónoma. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación que atiende al modo en que los estatutos de autonomía definen el territorio. Distingue así, por una parte, los textos estatutarios que contienen una garantía institucional del territorio en los que la modificación del mismo supone revisar el Estatuto (un ejemplo de este lo constituye el Estatuto de Autonomía del País Vasco, que se refiere en su artículo 2.2 a los «actuales límites» de los Territorios históricos que integran la Comunidad). Y, por otra, los estatutos que no contienen esa garantía. En este caso, el territorio opera como simple delimitación espacial y su modificación no implica reforma alguna (sería el caso de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla-León, que en su artículo 2 dispone que «El territorio de la Comunidad de Castilla y León comprende el de los municipios integrados en las provincias de Ávila, Burgos, León, Palencia, Salamanca, Soria, Valladolid y Zamora») (FFJJ 4 y 5). Concretamente, en relación a este último tipo de estatutos, la sentencia señala que:

«(...) en aquellos casos en que se delimita el territorio autonómico sólo por relación al de los municipios que integran sus provincias, la modificación territorial que no lleve consigo una alteración de la configuración provincial de la Comunidad Autónoma no entraña, en principio, una revisión formal del Estatuto, ya que, en tanto las provincias subsistan con identidad propia, las alteraciones que puedan experimentar sus territorios, aun cuando supongan también una modificación en el territorio de la Comunidad, no implican cambio de contenido en la norma estatutaria» (FJ 5).

En este fundamento jurídico se apoya el Ayuntamiento recurrente. Sin embargo, su aplicación al caso de examen ha sido rechazada por la sentencia que está siendo objeto de análisis. Esta determina que:

«No sirve a la posición defendida por la demanda porque el artículo 2 del Estatuto andaluz sí establece que el territorio de Andalucía "comprende el de los municipios de las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla. Por tanto, convertir en comunidad autónoma al municipio de La Línea de la Concepción priva a la Comunidad Autónoma de una parte de su territorio. Observemos que la propia sentencia 99/1986 precisa que habla en el punto al que alude la

demanda "en principio" y a la vista de los Estatutos vasco y castellano-leonés» [FJ 4.A)].

Como es evidente, la creación de una comunidad autónoma nueva con parte del territorio actual de las provincias andaluzas sí implicaría una reforma estatutaria, que no podría entenderse realizada a través de la ley orgánica a que se refiere el artículo 144 CE.

B) Por otro lado, el Ayuntamiento, con la finalidad de justificar el carácter municipal de la consulta popular, la asemeja a la autorizada por el Gobierno estatal sobre el ejercicio de la iniciativa para la fusión de los municipios de Villanueva de la Serena y Don Benito. Frente a ello, la Sala Tercera ha sido contundente al afirmar que entre ambos casos existe una «diferencia tan manifiesta que no requiere mayor explicación» [FJ 4.A)]. Y es que es patente que la fusión de Villanueva de la Serena y Don Benito es una cuestión local que se encuadra dentro de la autonomía municipal, que está constitucionalmente garantizada en el artículo 140 CE. Tanto es así que no tendría sentido que los vecinos de otras entidades locales colindantes a Villanueva de la Serena y Don Benito intentasen participar en dicha consulta, pues para ellos la cuestión no revestiría un carácter local y sería ajena a sus intereses. Igualmente, tampoco lo tendría que la competencia para convocar una consulta popular relativa a un procedimiento sobre alteración de demarcaciones municipales no correspondiese a un ayuntamiento. Esta situación se planteaba hace relativamente poco tiempo en el País Vasco y dio lugar a que el Tribunal Supremo se pronunciase y confirmase que se trata de una competencia municipal que no corresponde a los Órganos Forales de los Territorios Históricos, tal y como perseguían estos [STS de 12 de marzo de 2018 (recurso n.º 3287/2015), FJ 5]. Sin embargo, como se ha indicado, no ocurre lo mismo con la pretensión del Ayuntamiento de la Línea de la Concepción de constituirse en comunidad autónoma. La sentencia de 25 de septiembre de 2023 justifica que la consulta popular que se propone no puede catalogarse como una de las consultas que contempla el artículo 71 LBRL debido a que:

«(...) erigir un municipio en comunidad autónoma afecta directamente al ordenamiento estatal y autonómico, pues incide en la organización territorial del Estado (artículo 137 de la Constitución), altera la composición territorial de la Comunidad Autónoma, en este caso la de Andalucía y, por tanto, a su Estatuto de Autonomía (artículo 2), y es ajeno a la competencia municipal» [FJ 4.A)].

Además, prosigue el Tribunal, la organización territorial del Estado y de las comunidades autónomas es una «materia extremadamente delicada sobre la que cualquier alteración excede absolutamente de los intereses locales». La sentencia aclara

que estos últimos se equiparan a aquellos intereses que la Corporación municipal pueda atender mediante el ejercicio de sus competencias. En cualquier caso, aun cuando se actúe en ejercicio de las competencias propias, estas deben ser ejercidas como dispone el artículo 71 LBRL y ha reiterado la jurisprudencia, esto es, en los términos de la legislación estatal y autonómica [así lo recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2012 (recurso n.º 546/2010), FJ 2]. Asimismo, hay que tener en cuenta que las competencias locales no necesariamente deben ser plenas o completas, quedando:

«excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratando de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales» [STS de 23 de septiembre de 2008 (recurso n.º 474/2006), FJ 2].

En este sentido, son ilustrativas, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2019 (recurso n.º 390/2017) y de 26 de octubre de 2023 (recurso n.º 1026/2022). En la primera la Sala Tercera confirma la decisión del Gobierno de denegar una consulta popular que planteaba a los vecinos si destinar recursos o instalaciones municipales para realizar corridas de toros. El Tribunal aclara que no se puede celebrar una consulta que sea contraria a las leyes que establecen como fines el fomento, protección y difusión del patrimonio cultural, que incluye la tauromaquia (FJ 3). La segunda también afirma que correspondía la denegación de la autorización de una consulta popular que, en este caso, era relativa al tipo de arena para recuperar una playa. En la sentencia se insiste en que hay que entender que una cosa es mantener las playas en condiciones de limpieza, higiene y salubridad, que sí es competencia municipal, y otra bien distinta el proceso primigenio de regeneración de una playa, competencia estatal con intervención de la comunidad autónoma y del municipio cuando proceda modificar el planeamiento urbanístico correspondiente (FJ 5).

Asimismo cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993 (no especifica número de recurso, Roj: STS 12602/1993) que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya contra el Acuerdo del consejo de Ministros denegatorio de la petición del Ayuntamiento de Villaverde de Trucios (integrado en la Comunidad Autónoma de Cantabria pero enclavado territorialmente en la Provincia de Vizcaya) de celebrar una consulta popular sobre su incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco. La sentencia manifiesta que no se está ante una de las consultas populares

del artículo 71 LBRL debido a que no afecta a un tema de competencia municipal y de carácter local. Por el contrario, considera que la consulta solicitada forma parte del procedimiento previsto en el artículo 8 Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, relativo a la agregación a la comunidad autónoma de municipios pertenecientes a otras (FJ 1). De igual modo, sobre la base de la teoría de la garantía institucional de las comunidades autónomas precisa:

«En ellas el territorio es un elemento esencial y su modificación incide en la conexión entre la realidad ordinamental y la fáctica. Ello lleva a concluir que no puede alterarse el territorio sin modificación del ordenamiento estatutario específico, y menos aún contra la voluntad o sin la voluntad de un Ente como la Comunidad Autónoma afectada, dotada de autonomía política» (FJ 4).

Es interesante notar que esta no es la primera vez que el Gobierno rechaza la solicitud de autorización para una consulta popular que tiene implicaciones en la estructura territorial de Andalucía y que es promovida por un municipio de la Provincia de Cádiz. En el año 2000, el Tribunal Supremo confirmó el sentido denegatorio del Acuerdo del Consejo de Ministros para celebrar una consulta popular sobre la conversión del Municipio de Algeciras y su entorno comarcal en una novena provincia andaluza (STS de 17 de febrero de 2000, ya citada). En su pronunciamiento, el Alto Tribunal explica que la «constitución de una nueva provincia, a costa, inevitablemente, de desgajar otras preexistentes, es un asunto que desborda el ámbito local para encuadrarse en ámbitos de orden comarcal, provincial, autonómico y estatal» (FJ 6). En particular, la consulta afectaba de modo decisivo al ámbito territorial de la Provincia de Cádiz y a las competencias propias de su Diputación Provincial, Entidad local de carácter básico. La Sala recuerda que:

«(...) dicha provincia, a tenor de los arts. 137 y 141 CE—que responden a un sistema de distribución territorial del poder garante de la autonomía provincial (...)— no puede ver mermada su actual integridad territorial sino a través de una Ley orgánica, lo que evidencia que el constituyente consideraba esta cuestión como una de las que, por su importancia en la vertebración territorial del Estado mismo y por afectar a intereses muy caracterizados de orden supralocal, requiere la intervención de las Cortes Generales, y precisamente mediante un instrumento legislativo cualificado» (FJ 6).

En definitiva, la aspiración de un municipio de constituir una nueva provincia o una comunidad autónoma no puede ampararse en la autonomía municipal

constitucionalmente garantizada ya que trasciende el carácter local y tiene un impacto directo tanto en la organización territorial del Estado (art. 137 CE) como en la distribución de competencias entre los diferentes niveles de administración territorial.

III. INICIO Y FIN DEL PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA CONSULTA: ¿SILENCIO POSITIVO O NEGATIVO?

Como ya se ha adelantado, el litigio surge con motivo del medio que utiliza en abril de 2022 la Junta de Andalucía para hacer llegar la documentación sobre la consulta popular al Ministerio de Administración Territorial, que es el correo electrónico –actuación que, por cierto, es ajena al Ayuntamiento de la Línea de la Concepción–. Sin embargo, y pese a que en el caso no se discute que el expediente y la certificación del acuerdo municipal obrasen en poder de la Administración estatal desde aquel momento, esta última no comenzó a movilizarse hasta que recibió el registro, en septiembre de 2022, la petición del Ayuntamiento de la certificación del silencio administrativo positivo (ex art. 24.4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante, LPAC).

El Municipio sostiene que estamos ante un procedimiento iniciado en abril de 2022 a instancia de parte en el que, a falta de un plazo específico para resolver, resulta de aplicación el artículo 21.3.b) LPAC que, como es bien conocido, dispone que, en los casos iniciados a solicitud del interesado, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen un plazo máximo para resolver éste será de tres meses que se computarán desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la administración u organismo competente para su tramitación. Por su parte, el artículo 24.1 completa lo anterior al indicar que, en los procedimientos iniciados a instancia de parte, el transcurso del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado a entenderla estimada por silencio administrativo. Por tanto, al no concurrir ninguna de las circunstancias que el apartado 1 del mencionado precepto descarta para la aplicación del silencio positivo, se habría producido la estimación de la solicitud de autorización por silencio positivo⁹. Sin perjuicio de ello, la administración está obligada a dictar

⁹ Quedan exceptuados los supuestos en que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable a España establezcan lo contrario. Asimismo, se descarta la aplicación del silencio positivo en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 CE, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las administraciones. También se establece que el sentido del silencio será

resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación (art. 21.1). Lo que sucede es que, en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo puede ser confirmatoria del mismo [art. 21.3.a)]. Así pues, el Municipio arguye que el Acuerdo denegatorio adoptado por el Consejo de Ministros el 25 de octubre de 2022 es disconforme a derecho.

A la vista de lo expuesto, antes de detenerse sobre el régimen del silencio es conveniente aclarar cuándo se tiene por iniciado el procedimiento, esto es, si en de abril de 2022 –como defiende el Ayuntamiento– o en septiembre de 2022 –como afirma el Gobierno estatal–. Y es que, aunque el propio Consejo de Ministros admite que utilizar el buzón electrónico «es práctica habitual», argumenta que no tiene la consideración de registro electrónico de la administración para la tramitación a efectos del artículo 21.3.b) y justifica su pasividad aduciendo que este envío debió únicamente apreciarse como un anticipo de la documentación que debía haberse presentado en el registro electrónico en virtud del artículo 16.1. De conformidad con este último, cada administración dispone de un registro electrónico general en que se debe hacer el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad vinculado o dependiente a estos.

La clave aquí está en el tratamiento que se confiera a las solicitudes del artículo 71 LBRL. En la sentencia, el Tribunal Supremo les concede el mismo que las que presentan los interesados. De ahí que, para la Sala Tercera, lo correcto habría sido que cuando llegó el correo se hubiese solicitado a la Junta de Andalucía que presentase la documentación en el registro o se hubiera remitido directamente a este la documentación recibida pero «en ningún caso, la pasividad que adoptó la Administración, que no es coherente con los artículos 53.1 y el artículo 68 Ley 39/2015» [FJ 4.b)], preceptos que son relativos, respectivamente, a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo y a la subsanación y mejora de la solicitud realizada. Para el Tribunal, el modo de actuar de la Administración estatal tampoco es congruente con los principios que han de informar la actuación administrativa y las relaciones interadministrativas de acuerdo con los artículos 3 y 140 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público «que apuntan con claridad en un sentido contrario a la actuación, mejor dicho, a la falta de ella que se produjo». Si bien, esto contradice lo que el propio Tribunal expone respecto del tratamiento

desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. Si bien, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el propio artículo 24.1.

de la solicitud del Ayuntamiento como si fuera interesado. En definitiva, por una u otra vía, el Tribunal Supremo concluye que la fecha de presentación y de inicio del procedimiento debió ser abril de 2022. De este modo, se aprecia que han transcurrido más de tres meses, que es el plazo previsto por la LPAC para cuando no se fija uno específico en la normativa reguladora, sin que se haya obtenido una resolución expresa. Otro tema es que se haya producido el silencio positivo, como seguidamente se analiza.

Para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del silencio ante la ausencia de respuesta del Consejo de Ministros a la petición de celebración de una consulta popular, es imprescindible referirse al Dictamen del Consejo de Estado n.º 943/1994, de 9 de junio, como señala el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción. Si bien, no debe perderse de vista que el parecer expresado por el máximo Órgano Consultivo del Estado no tiene como regla general carácter vinculante (art. 2.2 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado) ni, desde luego, en este caso. El Dictamen tiene su origen en una consulta que realiza el Gobierno, que solicita que se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de la autorización del Gobierno estatal prevista en el artículo 71 y, más específicamente, sobre si debe ser considerada como un acto administrativo debiendo, en consecuencia, ser aplicado el artículo 43.2 de la derogada Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, como es bien conocido, también establecía la regla general del silencio positivo– o si, por el contrario, debe interpretarse como una actuación de Gobierno no sujeta al Derecho administrativo y exenta, por tanto, de la aplicación del artículo 43.

En lo que concierne al primer interrogante, el Dictamen concluye que el alcance de la autorización del Gobierno de la Nación a que se refiere el artículo 71 es doble. De un lado, representa una medida de control de la legalidad (en el sentido de que es una técnica para controlar que la solicitud haya sido objeto de un acuerdo corporativo plenario mayoritario y de una concreta iniciativa del correspondiente alcalde y que se ciñe al ámbito y competencias de la entidad local). De otro, incorpora una apreciación del Gobierno de la Nación sobre la relevancia de ciertos asuntos para los intereses de los vecinos en cuestión, incidiendo en la forma en que se desenvuelven los principios organizativos del régimen municipal. En otros términos, para el Consejo de Estado tiene una doble naturaleza al ser una técnica de control de legalidad y de control del ámbito de desenvolvimiento que la legislación básica de régimen local ha dado a los comentados principios representativos y de participación popular.

En relación a la eventual aplicación de las previsiones generales del silencio administrativo positivo a la autorización del Gobierno estatal, la respuesta del

Consejo del Estado es afirmativa. La procedencia de utilizar el silencio positivo se justifica en la condición que ocupan el alcalde y el pleno de la corporación municipal que solicitan al Gobierno la autorización para celebrar la consulta popular, que sería la de interesados definida en el artículo 4 LPAC (que se corresponde con el artículo 31 Ley 30/1992, que era la que estaba vigente cuando se emitió el Dictamen). Con toda la lógica, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ han cuestionado la interpretación del Consejo de Estado a favor de la aplicación de la regla del silencio estimatorio a una autorización que se desenvuelve en una relación interadministrativa de control¹⁰. En este sentido, han reclamado que en la Ley 40/2015 no exista un precepto del estilo del contenido en el artículo 95 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en virtud del cual el silencio se entendía positivo cuando se tratase de autorizaciones o aprobaciones que debiesen acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores.

Por su parte, respecto del alcance del silencio, la sentencia de 25 de septiembre de 2023 señala que aunque con carácter general se aplique dicho criterio «no puede suceder así en este caso» [FJ 4.C)]. Concretamente, no procede en este asunto por dos razones: en primer lugar, explica, porque en el mismo media una intervención administrativa preceptiva de la Junta de Andalucía y, en segundo lugar, porque:

«La utilización que ha hecho del artículo 71 desnaturaliza absolutamente el procedimiento e impide darle el tratamiento que se dispensa a aquellas solicitudes que sí se inscriben en el marco que la ley asigna a las consultas populares locales y, en particular, junto a la singularidad procedimental, impide que juegue el silencio positivo».

O sea, no es que el Tribunal Supremo se aparte aquí de la regla del Consejo de Estado; lo que indica es que su aplicación está reservada para los casos en los que realmente estemos ante consultas populares que cumplan con lo exigido por el artículo 71 LBRL. En el fondo, el criterio que se utiliza en la sentencia analizada implica que el silencio solo va a ser positivo cuando sea acorde al Ordenamiento jurídico. Esta exégesis hace recordar la legislación urbanística estatal que contempla la regla general de interdicción de adquirir facultades contrarias a la ley y al planeamiento urbanístico y requiere que todo acto de edificación vaya acompañado del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación (art. 11.3 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que

¹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2019: 118).

se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana). Con esta interpretación el Estado se asegura que, ante la eventual falta de pronunciamiento del Consejo de Ministros sobre la celebración de una consulta popular, el respectivo ayuntamiento interesado no pueda convocar la consulta. Regla que, con seguridad, no va a ser tan bien acogida por los ayuntamientos interesados para los que, obviamente, su solicitud siempre se va a ser ajusta a la LBRL.

IV. CONCLUSIONES

En la sentencia de 25 de septiembre de 2023, la Sala recuerda que la pretensión de un municipio de constituir una nueva provincia –aspiración del Municipio de Algeciras enjuiciada en la STS de 17 de febrero de 2000– o una comunidad autónoma –tal y como perseguía el Ayuntamiento protagonista de este comentario, de La Línea de la Concepción– desborda el artículo 71 LBRL: trasciende del carácter local y tiene un impacto directo tanto en la organización territorial del Estado (art. 137 CE) como en la distribución de competencias entre los diferentes niveles de administración territorial. No cabe, por tanto, pretender justificar dichas aspiraciones en la autonomía que se reconoce constitucionalmente a los municipios (art. 140).

Por otra parte, las circunstancias en las que se desarrolla el caso han dado lugar a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre si ante la falta de resolución expresa del Gobierno estatal para autorizar la celebración de una consulta popular procede la aplicación del régimen del silencio administrativo positivo. Sobre este particular, y sin perjuicio de la ausencia de su carácter vinculante, es necesario recordar que ya se pronunció en 1994 el Consejo de Estado a través de un Dictamen, que admitió su utilización. Sin embargo, en esta ocasión la sentencia va mucho más allá pues establece que el silencio solo va a ser positivo cuando sea acorde al Ordenamiento jurídico. De este modo, utiliza un criterio similar al que contempla la legislación urbanística estatal que prevé la regla general de la interdicción de adquirir facultades contrarias a la ley y al planeamiento urbanístico.

A efectos prácticos, para que se pueda entender que una consulta popular es acorde a Derecho caben dos opciones: primera, que así lo confirme el Consejo de Ministros a través de una resolución expresa que autorice la consulta o, segunda, –aun no apreciándolo este último, ya sea porque el acuerdo de resolución es denegatorio o porque no se ha resuelto en el plazo de tres meses– previa interposición del recurso correspondiente. En este caso, el Tribunal Supremo realizaría un control y determinaría si la consulta popular se adecúa a la LBRL. Esto no es criticable pero sí destacable. A través de la sentencia, el Alto Tribunal garantiza que exista un mecanismo de revisión que evite que las consultas que no cumplan con los requisitos le-

gales sean consideradas válidas mediante silencio administrativo. Todo ello no hace sino poner manifiesto, una vez más, aunque, considero, esta vez de un modo mucho más claro y significativo, el carácter restringido del instrumento de las consultas populares del artículo 71 LBRL.

V. BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARMIJO, A., «Competencias sobre consultas populares. En especial por vía de referéndum (Comentario al art. 78)», en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas, Pamplona, pp. 777-789.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y participación ciudadana en la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Artículo 71», en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Tomo II, 2007, pp. 1799-1842.

FONT I LLOVET, T., «El referéndum local en España», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 2-3, 1985, pp. 123-130.

GARCÍA PÉREZ, M., «Cuestiones jurídicas en torno a la celebración de una consulta popular municipal», en *Revista Gallega de Administración Pública*, n.º 56, 2018, pp. 367-385.

HERNÁNDEZ DIEZ, E., *La administración española ante la participación juvenil*, Madrid Iustel, 2022.

NÚÑEZ LOZANO, M. C., «Las consultas populares locales», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 42, 2001, pp. 427-439.

ORDUÑA PRADA, E., «Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales», en *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1, 2017, pp. 47-92.

RUIZ MAGAÑA, I., «Consultas populares y Entidades Locales: a propósito de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 13, 2020, pp. 47-74.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «El sistema político local: fórmulas de gobierno y participación de la ciudadanía», en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pp. 289-322.

SUAY RINCÓN, J., «Consultas populares y referéndums», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 30-31, 2018-2019, pp. 39-52.