

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara, al que se adhieren los Magistrados D. Santiago Martínez-Vares García, D. Pedro José González-Trevijano Sánchez y D. Enrique López y López, relativo a la Sentencia del Pleno de fecha 26 de septiembre de 2013 dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1741/2004.**

En el ejercicio de la facultad que confiere el art. 90.2 de LOTC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, dejo constancia de mi opinión discrepante puesta ya de manifiesto durante la deliberación de la Sentencia que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básicos los siguientes artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, a los que confiere nueva redacción: art. 4.2, en el inciso que dice “excepto en el supuesto de las mancomunidades, que se rigen por lo dispuesto en el apartado siguiente”; art. 4.3; art. 13.3; art. 20.1.d); art. 36.1.c) y d); art. 70.1, párrafo segundo; art. 70 bis.1; art. 85.2.b); art.85 bis.1, desde “con las siguientes especialidades” hasta el final; art. 85 bis.2; art. 123.1.c); art. 131 y art. 132; y, subsidiariamente, contra los arts. 20.1.d); 70.1, párrafo segundo; art. 70 bis.1; art.85 bis.1, desde “con las siguientes especialidades” hasta el final; art. 85 bis.2; art. 123.1.c); art. 131 y art. 132.

Mi discrepancia se refiere al fundamento jurídico 9 y al Fallo de la Sentencia, en cuanto decide “declarar constitucional” lo dispuesto en el impugnado art. 70.1, párrafo segundo, de la Ley reguladora de las bases del régimen local, “siempre que se interprete en el sentido de que no se refiere a las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el Pleno, conforme se ha expuesto en el fundamento jurídico noveno”.

1. Considero adecuado comenzar por recordar que la función que, dentro del modelo de control concentrado de constitucionalidad, corresponde a este Tribunal mereció ser calificada como “legislación negativa”. Se pretendía con ello subrayar que no es tarea nuestra evaluar el mayor o menor acierto del legislador a la hora de plasmar en textos legales las exigencias, siempre tan mínimas como imprescindibles, fijadas en la Constitución. Dicha

función corresponde a los auténticos protagonistas del debate legislativo, en apoyo o crítica de los proyectos que se someten a su deliberación y voto, a quienes no debemos en ningún caso suplantar. Los miembros del Tribunal Constitucional no han de sentirse llamados a crear derecho “positivo”, ni a mejorar el puesto por quien corresponde, sino limitarse modestamente a la función “negativa” de extraer del ordenamiento jurídico las normas o actos que no satisfacen las mínimas exigencias ya aludidas. Esto explica el juego del principio de conservación de la norma, que lleva a evitar en lo posible una declaración de inconstitucionalidad.

Es bien cierto que nuestro modelo de control constitucional, como el de tantos otros de países de nuestro entorno, ha superado su matriz originaria, al incorporar figuras como el recurso de amparo; igualmente al dar entrada a principios que, aparte de informar las normas reconocedoras de derechos fundamentales, se convierten en “rectores de la política social y económica”. Su carácter optimizador, resaltado igualmente por la doctrina, impulsa acciones positivas como las indicadas por el propio artículo 9.2 del texto constitucional. Estas interpretaciones expansivas, que apuntan a la efectividad real de los principios, avalan con frecuencia disposiciones legislativas cuestionadas o guían una interpretación extensiva de normas garantizadoras de derechos; lo que no es tan explicable es que se recurra a ello para restringir, como en este caso, el legítimo campo de acción que corresponde al legislador.

No es finalidad de la labor de los Magistrados convertir en exigencia constitucional el modelo legislativo que consideren más razonable, ni en consecuencia declarar inconstitucionales, por irrazonables, los que con él no se identifiquen.

2. La Sentencia considera contrario al principio democrático que las sesiones de la Junta de Gobierno Local de un municipio de régimen común no sean públicas, cuando se aborde en ellas algún asunto que haya sido objeto de delegación por parte del Pleno.

La existencia de tales Juntas viene claramente motivada, en paralelo a principio tan democrático como la división de poderes, por la conveniencia de que actos en los que predominan aspectos técnicos puedan solventarse en un contexto ejecutivo, ajeno a las exigencias de una pública deliberación. La posible opción discrecional entre una u otra decisión en este contexto, lejos de desvirtuar su carácter más ejecutivo que deliberativo, podrá en ocasiones venir exigido por la materia objeto de acuerdo. No es por tanto el posible

agobio de los órdenes del día del Pleno, ni la mayor o menor importancia del objeto de acuerdo lo que justifique la oportuna delegación. Esta ha podido ya ser, en todo caso, públicamente deliberada por el Pleno, que tendrá igualmente oportunidad de controlar sus resultados.

Esta limitación aparente del principio de publicidad, se produce en el proceso de deliberación que da lugar a la aprobación del acto administrativo, puesto que éste último, una vez adoptado, es público de forma imperativa. El principio de publicidad es un principio instrumental que tiene como fin garantizar el principio democrático (art. 1.1 C.E.) que da lugar al derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos (art. 23.1 C.E.), mas no es un fin en sí mismo, de tal modo que su configuración tiene pleno carácter legal. Podrá considerarse más o menos oportuna la publicidad del proceso de adopción de un acuerdo por parte de una Junta de Gobierno Local, pero ello en modo alguno puede vulnerar la Constitución por contrariar el principio y el derecho fundamental por la Sentencia mencionados. Existe, por el contrario, la previsión constitucional de que las actuaciones judiciales serán públicas (art.120 C.E.), con lo que en ellas no se trata de una exigencia instrumental, sino que corresponde a la naturaleza esencial de tales actuaciones; lo que no ocurre en este caso.

No se cuestiona que la propia Ley no haya considerado exigible tal publicidad cuando el acuerdo lo adopte el Alcalde por delegación del Pleno, convirtiendo su tarea en una continua rueda informativa. Por otra parte, estimar antidemocrático que los acuerdos de la Junta sobre esos aspectos ejecutivos se realicen sin asistencia de público resulta igualmente tan fuera de lugar como lo sería considerar inconstitucional que, en las Cortes Generales, se desarrollen en similares condiciones debates en Comisión con competencia legislativa plena. En efecto, tanto el artículo 64.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados como el 75 del Reglamento del Senado, así como en las diferentes regulaciones, recogidas en idénticos términos, en los Parlamentos autonómicos prevén posibilidad similar. Por dicha vía cabría incluso dictaminar incluso la inconstitucionalidad del artículo 80 CE que, declarando el carácter público de las sesiones del Pleno, habilita sin embargo acuerdos en contrario de cada Cámara adoptados por mayoría absoluta o con arreglo a los Reglamentos parlamentarios; interpretación a todas luces fuera de lugar. La argumentación de que se violentan el principio democrático del artículo 1.1 CE y el artículo 23.1, por infracción del derecho de participación

en los asuntos públicos, al hilo de una genérica y difusa invocación de tales principios y derechos, más bien imbuida de una concepción roussoniana de la democracia directa, no parece, en suma, ni suficiente, ni convincente.

Aun admitiendo la postura antedicha, sería bastante más razonable excluir la posibilidad de que el Pleno delegue determinadas materias, antes que obligar a que sean en la Junta tratadas con publicidad. Dar paso a órdenes del día de las Juntas, en las que solo unos puntos habrían de cumplir las exigencias de publicidad resulta innecesariamente complejo; menos adecuado aún sería extender en tales casos dicho imperativo a todos los puntos sometidos a acuerdo. El sereno cumplimiento de las exigencias constitucionales suele estar reñido con una forzada artificialidad.

Tampoco parece razonable que la Junta de un municipio de régimen común tenga a partir de ahora que tratar en sesiones abiertas asuntos que la Junta de un municipio de “gran población” puede seguir deliberando en secreto. Ello es consecuencia de que la exigencia de publicidad se hace ahora depender, no del tipo de función, sino del órgano que la tiene atribuida. En efecto el legislador ha optado por que prácticamente todas las competencias “administrativas” del Pleno de un municipio de régimen común correspondan en un municipio de “gran población” al Alcalde y a la Junta; sin que se haya entendido que en estos casos el principio democrático exija publicidad alguna. Por si fuera poco, al haberse considerado a algunos municipios poco poblados -si son capital de provincia- como de gran población, nos encontraremos con que el principio democrático pasará a exigir publicidad en las sesiones de su Junta de Gobierno a municipios de régimen común con más población que los aludidos, a los que no se les exige.

3. Los razonamientos de la Sentencia habrían de llevar coherentemente a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70.1, párrafo segundo de la Ley recurrida. El presunto carácter interpretativo que pretende atribuirse al Fallo no es tal; hacer decir a una Ley precisamente lo contrario de lo que dice no guarda relación con actividad interpretativa alguna. Afirmar que “el art. 70.1, párrafo segundo, LRBL, en tanto que establece que las sesiones de las Juntas de Gobierno Local no son públicas es conforme con el principio democrático (art. 1.1 CE), y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), siempre que se interprete en el sentido de que no incluye las decisiones relativas a las

atribuciones delegadas por el Pleno”), es imponer una interpretación que conduce a la inaplicabilidad de la norma.

No resulta tampoco correcta la fórmula empleada en el Fallo para expresar la declaración de conformidad. Este Tribunal no declara la constitucionalidad de las leyes, sino, en su caso, su inconstitucionalidad (art. 39 LOTC). En consecuencia, lo que debería haber declarado la Sentencia de la que discrepo en el apartado 1º del Fallo es que el artículo 70.1, párrafo segundo, de la Ley recurrida no es inconstitucional siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 9 de la Sentencia.

Todo ello sin perjuicio de que, por las razones que antes han quedado expuestas, el recurso de inconstitucionalidad debió ser desestimado en su integridad, por cuanto el artículo 70.1, párrafo segundo, de la Ley recurrida no supone menoscabo alguno del principio democrático (art. 1.1 CE) ni del derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

Partiendo de estas reflexiones, habiendo asumido gustosamente las sugerencias de los Magistrados que a él se adhieren, me veo obligado a emitir este Voto particular.

Madrid a veintiséis de septiembre de dos mil trece.