

Nº: 1.092/2014

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 30 de octubre de 2014, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“En cumplimiento de una Orden de V. E. de 27 de octubre de 2014, cuya entrada se registró ese mismo día, el Consejo de Estado ha examinado con carácter de urgencia el expediente relativo a la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las actuaciones relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 mediante un denominado «proceso de participación ciudadana».

De antecedentes resulta:

PRIMERO.- Objeto de la impugnación

En la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros incorporada al expediente se plantea la impugnación, al amparo del procedimiento del título

V de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 y siguientes de la misma Ley, respecto de "las actuaciones de la *Generalitat* de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria) mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», así como "las restantes actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para tal convocatoria o vinculadas a la misma".

Esta convocatoria ha sido realizada -se dice- "mediante actuaciones materiales de la *Generalitat* sometidas al Derecho Público", por más que -se añade- "no conste la documentación o formalización de la decisión de realizar una convocatoria en un sentido jurídico-formal, mediante un acto administrativo expreso, motivado y público, como es exigible en un Estado de Derecho".

A continuación se afirma que "la actividad material desarrollada por la *Generalitat* es ya en sí misma idónea para constituir el objeto de la presente impugnación", dado que "la decisión de realizar la convocatoria se ha adoptado ya", con independencia de que "finalmente no se formalice o, como se ha apuntado en algún medio de comunicación, se formalice en el último momento".

Por tanto, a los efectos de la impugnación pretendida, las referencias que en la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros se realizan a la «convocatoria» deben entenderse referidas -se aclara- "tanto a la realidad material de la producción de la misma mediante las actuaciones de la *Generalitat* sometidas a Derecho Público que la difunden y organizan, como a las decisiones públicas adoptadas por la *Generalitat* cuya existencia se deduce de forma evidente, aunque no consten formalmente, de las actuaciones materiales señaladas".

Estas actuaciones de la *Generalitat* de Cataluña se vienen realizando "por distintas vías", siendo de especial utilidad para identificarlas - dice la propuesta- la información difundida a través de la "página web oficial de la *Generalitat* de Cataluña", que "remite directamente a la dirección <http://www.participa2014.cat/>". En esta dirección -que se adjunta en soporte electrónico- se albergan, entre otros, los siguientes contenidos:

1º El encabezamiento de la página web publica la siguiente información: "El día 9 de noviembre de 2014, el Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana en el que convoca a los catalanes y las catalanas y a las personas residentes en Cataluña a que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña".

2º En uno de los apartados de la página web, que lleva la rúbrica «¿Cómo puedo participar?», se precisa quiénes están llamados a participar en el mencionado proceso:

"¿Quién puede participar?"

a) Las personas mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014 que dispongan de un documento nacional de identidad (DNI) en el que conste la dirección de residencia de un municipio de Cataluña. Para participar tienen que presentar el DNI vigente (no es válido el resguardo del DNI en trámite, dado que no aparece la fotografía).

Los catalanes y las catalanas mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014 que se encuentren en el exterior, que tengan un documento nacional de identidad (DNI) en el que conste la dirección de residencia en un municipio de Cataluña, o bien que presenten el DNI o pasaporte español vigente junto con el comprobante de inscripción en el Registro de catalanes y catalanas en el exterior o el certificado del padrón de españoles residentes en el exterior (PERE) en el que conste la adscripción territorial en Cataluña.

b) Las personas mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014, nacionales de Estados de la Unión Europea y de otros Estados que

formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y Suiza (países firmantes del Acuerdo). Para participar tienen que presentar el documento de identidad o pasaporte vigente acompañado del certificado de registro de ciudadano de la Unión Europea, en el que conste el número de identidad de extranjero y la dirección de residencia en un municipio de Cataluña.

c) Las personas mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014, nacionales de terceros Estados. Para participar tienen que presentar el pasaporte vigente acompañado de la tarjeta de identidad de extranjero (TIE) vigente, en la que conste la dirección de residencia en un municipio de Cataluña.”

3º En el mismo apartado de la página web, que lleva -como se ha dicho- la rúbrica «¿Cómo puede participar?», se precisa la forma de inscripción de las personas participantes y el procedimiento de participación:

“Inscripción al Registro de participantes

Cada persona puede participar una sola vez y la participación es personal e intransferible.

Para poder participar hay que inscribirse en el Registro de participantes. La inscripción se hace efectiva momentos antes de participar, al firmar en la lista numerada de participantes, donde hay que indicar el nombre y apellidos y el número del DNI o NIE.

Los catalanes y las catalanas que se encuentren en el extranjero han de firmar en la lista numerada de participantes y apuntar el nombre y apellidos y el número del DNI o del pasaporte.

Procedimiento de participación el día 9 de noviembre

«Personas residentes en Cataluña»

Las personas residentes en Cataluña pueden participar el día 9 de noviembre, entre las 9 y las 20 horas, en el local y la mesa de participación que tengan asignados en razón de la dirección y del primer apellido.

Los catalanes y las catalanas residentes en el exterior que quieran votar el 9 de noviembre en Cataluña y que tengan un DNI en que conste, en la dirección de residencia, un municipio de Cataluña, participan en la mesa y punto de participación que les corresponde según su dirección.

Los catalanes y las catalanas residentes en el exterior que quieran votar en Cataluña y que no tengan un DNI en que conste, en la dirección de residencia, un municipio de Cataluña, pueden participar en la sede habilitada en Barcelona, en el paseo de Gràcia, 107 (Palau Robert).

«Catalanes y catalanas en el exterior»

Los catalanes y las catalanas que residan o se encuentren temporalmente en el extranjero, pueden participar el día 9 de noviembre, entre las 9 y las 20 horas (hora local), en los locales de participación habilitados en el exterior.

Procedimiento de participación de las personas residentes en Cataluña del 10 al 25 de noviembre

Los días hábiles entre el 10 y el 25 de noviembre de 2014, las personas llamadas a participar que no hayan podido participar durante la jornada del 9 de noviembre, pueden presentar sus aportaciones en el registro de las delegaciones territoriales del Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña.

El procedimiento para participar requiere presentar la solicitud de inscripción en el Registro de participantes ([enlace](#)) y aportar una fotocopia del DNI o NIE y el sobre con la opción de participación cerrado. La persona participante tiene que introducir esta documentación en un segundo sobre que tiene que entregar al personal de las delegaciones territoriales del Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña. El material necesario está a disposición de las

personas participantes en el registro de las sedes mencionadas. La papeleta se puede descargar en esta web”.

4º También se contiene y se puede descargar en la página web - como acaba de indicarse- el modelo de papeleta, que se encabeza con el título «Consulta sobre el futuro político de Cataluña 2014» y contiene dos preguntas: la primera es “¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?”, y, para quienes respondan afirmativamente, se plantea una segunda pregunta del tenor “¿Quiere que este Estado sea independiente?”.

5º La página web alberga otras informaciones de interés, entre las que destaca un video sobre la comparecencia del *President* de la *Generalitat* de Cataluña el día 14 de octubre de 2014 para anunciar la convocatoria del proceso de participación, así como un video institucional sobre la convocatoria. De aquella comparecencia se incorporan además algunas transcripciones literales en uno de los apartados de la propia página web, bajo la leyenda «*President* Mas: El 9N habrá locales abiertos, urnas y papeletas, tal y como me comprometí», y la imagen gráfica de una urna electoral. Se lee en dicho apartado lo siguiente:

“El *President* de la *Generalitat*, Artur Mas, ha reafirmado esta mañana que «el *Govern* está decidido a ir adelante y hacer la consulta el 9 de noviembre», y ha explicado, en una comparecencia informativa desde el Palacio de la *Generalitat*, que eso significa que «habrá locales abiertos, urnas y papeletas».

Después de la última reunión que ayer se celebró entre el *Govern* y los partidos favorables al derecho a decidir, el *President* ha subrayado que la actitud del Ejecutivo es de «no recular» y «no dar pasos atrás». «El *Govern* se siente lo bastante fuerte y, sobre todo, está lo bastante comprometido como para que aquello que dijo que se haría, que era consultar al pueblo de Cataluña, se pueda hacer», ha recalcado Mas, asegurando que «el compromiso lo mantenemos intacto».

Como el Tribunal Constitucional todavía no ha levantado la suspensión del Decreto de convocatoria de la consulta que el *President* firmó el pasado 30 de septiembre, Artur Mas ha explicado que no se hará de acuerdo con este Decreto, sino que «la *Generalitat* se acogerá a marcos legales preexistentes que nos dan competencia en materia de participación ciudadana».

«Como estos marcos existen y están plenamente vigentes, nosotros, bajo este concepto, somos competentes para hacer estos procesos y convocaremos a la gente el 9 de noviembre», ha insistido.

Toda la logística en marcha

Con estos instrumentos, «el *Govern* preparará toda la logística necesaria para que los ciudadanos puedan votar el 9 de noviembre», ha asegurado el *President*, que ha explicado que se movilizarán más de 20.000 voluntarios para las mesas y colegios donde se celebre la votación, y «pediremos -ha dicho- la colaboración activa, no sólo de entidades del tejido asociativo, sino también de los 920 ayuntamientos que dieron apoyo al derecho a decidir». En este sentido también ha explicado que casi todos los locales que se pondrán a disposición de la consulta pertenecen a la *Generalitat* de Cataluña, por lo cual «no habrá que fiarse de terceros para poder tener todos los locales necesarios abiertos aquel día».

También se creará un Consejo General de Participación como órgano para supervisar toda la transparencia del proceso, y «el recuento de participantes y los resultados provisionales se darán a conocer el día 10 de noviembre».

«La población llamada a participar será como mínimo la misma que ya estaba llamada a participar», ha dicho el *President*, que ha asegurado que podrán participar todos los mayores de 16 años, como estaba previsto inicialmente, e «incluso puede ser que algunos colectivos que, de acuerdo con el Decreto suspendido, no podían participar, ahora puedan participar».

Dirigiéndose a todos los catalanes y catalanas, el *President* ha querido acabar su intervención pidiendo a la gente que participe masivamente en la consulta: «Ahora necesitamos a más gente que nunca». «El compromiso del *Govern* de sacar adelante la consulta se puede mantener, siempre y cuando tengamos mucha gente dispuesta a participar votando el día 9 de noviembre. Éste es el llamamiento que también quiero hacer. El éxito del proceso democrático, del derecho a decidir, de la transición nacional y de la soberanía de Cataluña, pasa por que haya en este país una muy alta participación», ha destacado el Jefe del *Govern*.

Un paso de gigante hacia la consulta definitiva

En esta línea, el Jefe del Ejecutivo ha remarcado que «la clave está en que la gente del país entienda que ésta es una oportunidad para dar un paso de gigante hacia la consulta definitiva», porque -ha subrayado- tanto la consulta que se hará el 9 de noviembre, como la que se habría hecho en base al Decreto firmado el pasado 27 de septiembre, no son «la consulta definitiva». «La consulta definitiva, con plenas y totales garantías, sólo se puede hacer a través de elecciones, y que los partidos, no el *Govern*, las transformen en un referéndum *de facto*», ha insistido. Igualmente ha recordado que «tenemos un instrumento todavía muy útil, y que es el que más temen en Madrid», que son «unas elecciones ordinarias, convocadas por el presidente de la *Generalitat*, donde algunos partidos decidan hacer candidatura y programa conjunto». «Si esta lista y programa sacan mayoría absoluta, el referéndum se ha ganado», ha continuado diciendo el Jefe del *Govern*, y ha añadido que ello «podría ser correctamente leído por todo el mundo y será el instrumento final para la consulta definitiva».

Por todos estos motivos, el *President* se ha dirigido a las fuerzas políticas favorables a la consulta y les ha subrayado que está «a disposición de los partidos que quieran hacer un planteamiento de estas características y actuar en consecuencia», y ha afirmado que, aunque el consenso se haya resquebrajado, «sé perfectamente que el adversario real es el Estado español». «Yo no me confundiré de adversario, sé que es el Estado español que está

haciendo todo lo posible para negarnos la posibilidad de ser consultados como pueblo sobre nuestro futuro político», ha recalcado.

El *President* ha querido también dejar claro que tanto él como el *Govern* siempre han dado «un valor muy grande» al consenso político, y, por eso, «lo hemos defendido por tierra, mar y aire», conscientes -ha dicho- de que «es el eslabón más débil de la cadena». Sin embargo, el Jefe del *Govern* ha asegurado que, tal y como han ido las cosas estos últimos días, «el eslabón se ha desenchajado», pero ha subrayado que no se ha roto y que «depende de los partidos que se pueda volver a encajar». Ha precisado también que «eso no es responsabilidad del Gobierno», sino que depende «de la voluntad de cada uno», y por eso ha añadido: «Nosotros haremos, como siempre, el máximo posible para que este consenso se mantenga tan alto como sea posible»."

A la vista del tenor de esta comparecencia, se afirma en la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros que "las declaraciones del *President* de la *Generalitat* no dejan lugar a duda" acerca de su "compromiso" y del de "la propia *Generalitat* (tal como resulta del aludido video institucional que presenta la convocatoria como una realidad producida y efectiva) de celebrar una convocatoria el día 9 de noviembre para la que carecen de competencias y que resulta, por tanto, ajena a su poder de disposición". Dado que al *President* corresponde "representar al *Govern*", de conformidad con el artículo 12.1.a) de la Ley de Cataluña 13/2008, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalidad y del Gobierno, se concluye en la propuesta que sus declaraciones "tienen relevancia jurídica indiscutible, en la medida en que se realizan en su condición de tal, respecto de una actuación de la *Generalitat* y en una página web oficial".

SEGUNDO.- Fundamentos de la impugnación

Una vez definido el objeto de la impugnación, la propuesta de acuerdo del Consejo de Ministros expone los fundamentos, tanto procesales como sustantivos, en los cuales se sustenta:

i) Desde un punto de vista procesal, se señala que la jurisprudencia constitucional "contempla en términos muy amplios y antiformalistas los requisitos del objeto del conflicto positivo de competencia ante el Tribunal Constitucional". En tal sentido, se indica que este Tribunal ha considerado susceptible de conflicto "una comunicación en la cual el Gobernador Civil alertaba a los Ayuntamientos sobre una partida de alimentos en mal estado «a fin de que adoptasen las medidas adecuadas»" (Sentencia 33/1982, de 8 de junio), o "actuaciones documentadas mediante escritos sin firma ni fecha, recortes de prensa y cartas de la Consejería de la Presidencia del Gobierno Vasco dirigidas a representantes sindicales" (Sentencia 102/1998, de 18 de mayo), o, en fin, "la decisión del Gobierno Vasco de fecha indeterminada por la que se acuerda que los trabajadores del sector público vasco cobren la paga extraordinaria de diciembre de 2012" (Providencia de admisión de 11 de diciembre de 2012).

A partir de esta jurisprudencia, "nada se opone -dice la propuesta- a ampliar estos criterios a la impugnación prevista en el artículo 161.2 de la Constitución, si bien se plantea subsidiariamente conflicto positivo de competencias con el mismo objeto", dado que, además de "la vulneración de los distintos artículos de la Constitución producida por las actuaciones" cuestionadas, se aprecia igualmente "la incompetencia de la *Generalitat* de Cataluña para la realización de tales actuaciones".

ii) Desde un punto de vista sustantivo, se destaca "la absoluta coincidencia de las preguntas planteadas por la convocatoria" que pretende ahora impugnarse "con las que constituyen el objeto de la consulta no referendaria convocada por el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del *President* de la *Generalitat*", que fue suspendida mediante Providencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2014, por la que se admitió a trámite la impugnación realizada por el Gobierno al amparo del procedimiento contemplado en el título V de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

A continuación se aclara que la nueva convocatoria no viene amparada en norma jurídica alguna y tampoco es susceptible de encuadrarse,

por sus características, en alguno de los procesos de participación contemplados en el título III de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, que son las «encuestas» (artículo 53), las «audiencias públicas ciudadanas» (artículo 54) y los «foros de participación» (artículo 55), ni tampoco en aquellos otros procesos que pudieran crearse a su amparo o se establezcan en otras leyes (artículo 56). Atendiendo a sus elementos esenciales, el proceso convocado constituye -se afirma- una «consulta materialmente referendaria», por cuanto implica "el ejercicio del derecho de voto del cuerpo electoral respecto de una o varias preguntas mediante una respuesta alternativa predeterminada y cerrada", y supone, en todo caso, una manifestación del derecho fundamental de participación política consagrado en el artículo 23.1 de la Constitución. Con este planteamiento, la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros considera que la convocatoria incurre en las siguientes vulneraciones de naturaleza competencial y material:

- Entre los vicios competenciales se enumeran los siguientes:

- En primer lugar, se dice infringida la doble reserva de Ley Orgánica establecida en los artículos 81.1 y 92.3 de la Constitución para la regulación del derecho fundamental de participación política reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución.

- En segundo término, se reputan vulnerados los artículos 92.1 y 2 de la Constitución, que atribuyen la convocatoria de cualquier referéndum consultivo sobre "decisiones políticas de especial trascendencia" al Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.

- En tercer lugar, se considera infringido el artículo 149.1.32ª de la Constitución, que contempla la competencia del Estado para la autorización de consultas populares por vía de referéndum.

- Por último, se destaca la violación de los artículos 1.2, 2 y 168 de la Constitución, dado que cualquier revisión del orden constitucional, en lo

tocante a la unidad de la Nación española, está reservada a la decisión del conjunto del pueblo español en el seno del procedimiento de reforma constitucional.

▪ Entre los vicios materiales se relacionan los siguientes:

- En primer lugar, se aduce que la extensión del derecho de sufragio a las personas mayores de dieciséis años y a los extranjeros resulta contraria a los artículos 12 y 13.2 de la Constitución y al artículo 2.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), que lo reservan a los españoles mayores de dieciocho años.

- En segundo término, se dice que la convocatoria, "al plantear al cuerpo electoral unas preguntas reservadas a la consulta referendaria sin utilizar el censo electoral", transgrede el orden constitucional de competencias, dado que "el censo electoral es uno y corresponde elaborarlo a la Oficina del Censo Electoral, encuadrada en la Administración General del Estado", con arreglo a la LOREG.

- Por último, se reputa infringido "el régimen jurídico vigente regulador de la Administración electoral y del procedimiento electoral" contenido en la LOREG y en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

TERCERO.- Contenido del expediente

Al mismo se ha incorporado la ya referida y extractada propuesta de acuerdo del Consejo de Ministros por el que se plantea la impugnación, al amparo del procedimiento del título V de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 y siguientes de la misma Ley, respecto de "las actuaciones de la *Generalitat* de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 (y en los días sucesivos en los términos de la

convocatoria) mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», así como de "las restantes actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para tal convocatoria o vinculadas a la misma", con expresa invocación del artículo 161.2 de la Constitución a fin de que se produzca la suspensión de dicho proceso.

Esta propuesta va acompañada de diversos anexos documentales y archivos gráficos que dejan constancia de las noticias aparecidas en los medios de comunicación en relación con el proceso, de la campaña institucional realizada por la *Generalitat*, de las comunicaciones dirigidas por ésta a los Ayuntamientos para que indiquen los establecimientos públicos disponibles para su celebración y, en fin, del contenido de la página web www.participa2014.cat. En particular, consta la declaración institucional realizada por el *President de la Generalitat* el 14 de octubre de 2014 y su comparecencia posterior ante los medios de comunicación, de la cual se extractan algunos pasajes en las consideraciones del presente dictamen.

La Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en su informe de 27 de octubre de 2014, ha justificado la procedencia de la impugnación en términos sustancialmente idénticos a los expuestos en la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros.

Obra finalmente el oficio del Presidente del Gobierno, de 27 de octubre de 2014, por el que se solicita al Consejo de Estado la emisión con carácter urgente, antes del 31 de octubre, del dictamen en relación con la mencionada impugnación.

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

I.- Carácter del dictamen

El presente dictamen se emite con carácter preceptivo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de

22 de abril, que, en la redacción dada por la Ley 3/2004, de 28 de abril, establece que la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en la "impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso".

II.- Objeto de la impugnación

1. Este dictamen tiene por objeto determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes para impugnar ante el Tribunal Constitucional "las actuaciones de la *Generalitat* de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014, y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria, mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», así como "las restantes actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para tal convocatoria o vinculadas a la misma".

La propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros califica tales actuaciones de "materiales", por cuanto -se dice- "no consta la documentación o formalización de la decisión de realizar una convocatoria en un sentido jurídico-formal, mediante un acto administrativo".

Cabe recordar, sin embargo, que la existencia de un acto administrativo no se encuentra condicionada a que el mismo se manifieste en determinada forma, dado los amplios términos en que se expresa el artículo 55 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo apartado 2 admite incluso que "los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal", sino a que el acto sea jurídicamente imputable a la voluntad de la Administración. Cuestión distinta es que, a efectos de probar la existencia de un acto administrativo, se exija una forma que permita acreditar su contenido, y, por tal razón, el mencionado artículo 55 dispone en su apartado 1 que "los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia",

y añade en su apartado 2 que, "en los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal", se dejará "constancia escrita del acto" cuando sea necesario.

Pues bien, para que un determinado acto, cuya existencia y contenido pueda probarse en cualquiera de las formas admisibles en Derecho, sea jurídicamente imputable a la voluntad de la Administración Pública y considerarse, por ello, un auténtico acto jurídico administrativo, es preciso que el mismo haya sido dictado por autoridad o persona que se encuentre al servicio de dicha Administración, haya sido legítimamente investida en su cargo y actúe en el ejercicio de sus funciones.

El examen de las actuaciones incorporadas al expediente evidencia que el proceso de participación ciudadana que pretende celebrarse el 9 de noviembre de 2014 fue convocado por quien revestía tales cualidades. En este sentido, importa subrayar que el 14 de octubre de 2014 -días después de que el Tribunal Constitucional suspendiera el título II de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y la consulta convocada a su amparo por Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del *President* de la *Generalitat*- se celebró una comparecencia pública en la que el propio *President* manifestó que "el *Govern* mantiene el objetivo de celebrar la consulta el 9 de noviembre", y, a tal fin -dijo-, "nos acogeremos a marcos jurídicos preexistentes, que nos atribuyen competencia en materia de participación ciudadana". Seguidamente, se puso en funcionamiento una página web, bajo el dominio de la propia *Generalitat*, en la que figura un video de la referida comparecencia del *President* y consta el siguiente anuncio: "El día 9 de noviembre de 2014, el *Govern* de la *Generalitat* de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana en el que convoca a los catalanes y las catalanas y a las personas residentes en Cataluña a que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña".

No cabe duda, por tanto, de que la convocatoria del denominado «proceso de participación», anunciada verbalmente por el *President* el 14 de octubre de 2014 y formalizada después por escrito por el *Govern* de la *Generalitat* en su página web, constituye un acto jurídico administrativo

imputable a la Comunidad Autónoma de Cataluña, al haber sido adoptado por autoridad al servicio de dicha Administración que se encuentra legítimamente investida en su cargo y actuaba en el ejercicio de sus funciones. En este punto, cabe observar que el artículo 67.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone que "el *President* tiene la más alta representación de la *Generalitat* y dirige la acción del *Govern*", mientras que el artículo 68.1 de la misma norma dispone que "el *Govern* es el órgano superior colegiado que dirige la acción política y la Administración de la *Generalitat*". Por tanto, los actos realizados tanto por el *President* como por el *Govern* de la *Generalitat* en el ejercicio de sus funciones son imputables a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El hecho de que ni el *President* ni el *Govern* de la *Generalitat* hayan aprobado un Decreto de convocatoria del «proceso de participación ciudadana» en modo alguno impide apreciar la existencia de un acto jurídico administrativo de convocatoria ya formalizado en los términos que se han indicado, al tiempo que evidencia un propósito de eludir el control de la jurisdicción constitucional tanto en el ámbito de la suspensión de la consulta ya decretada -que en su objeto y elementos esenciales es sustancialmente idéntica a la que ahora se impugna, en los términos que luego se verán- como respecto de los procedimientos que el Gobierno pretenda plantear frente al referido proceso de participación.

La convocatoria del proceso de participación ciudadana del 9 de noviembre de 2014 no es -a juicio del Consejo de Estado- una "actuación material", sino un auténtico acto jurídico administrativo imputable a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tras este acto de convocatoria, las autoridades y personal al servicio de esta Comunidad Autónoma han realizado, de cara a la celebración de la consulta convocada para el próximo 9 de noviembre, numerosas actuaciones tanto de carácter jurídico administrativo (así, por ejemplo, el *Edicte de 14 d'octubre de 2014, pel qual se sotmet a informació pública la Proposta d'ordre per la qual es modifica l'Ordre GRI/286/2014, de 19 de setembre, per la qual es regulen els fitxers que contenen dades de caràcter personal gestionats pel Departament de Governació i Relacions Institucionals*, publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* núm. 6729, de 16 de octubre de 2014: en esta propuesta se crea un

«fichero de participantes» en el que se pueden inscribir voluntariamente los ciudadanos que deseen participar en una consulta) como de otra índole (campañas informativas, comunicaciones verbales e instrucciones a autoridades locales y funcionarios para la puesta a disposición y apertura de locales y otras semejantes). Todos estas actuaciones posteriores, cualquiera que sea la naturaleza que revistan -jurídica o material; normativa o no normativa-, traen causa directa o guardan relación con la convocatoria del proceso de participación ciudadana, anunciada por el *President* de la *Generalitat* en su comparecencia pública el 14 de octubre de 2014 y formalizada por escrito en la página web de la propia *Generalitat*, convocatoria que, como se ha dicho, constituye un acto jurídico administrativo.

Así pues, las actuaciones de la *Generalitat* de Cataluña que pretenden impugnarse no pueden calificarse de "materiales" en su conjunto, por más que algunas de ellas puedan serlo. Como se ha dicho con anterioridad, la convocatoria del proceso de participación ciudadana del próximo 9 de noviembre de 2014 es un acto jurídico administrativo dictado por el *Govern* de la *Generalitat* de Cataluña, y, en cuanto tal, debe considerarse como objeto principal de la impugnación del Gobierno, que ha de extenderse además a cualesquiera otras actuaciones -no es preciso, ni tampoco necesario, entrar a calificar la naturaleza jurídica o material, normativa o no normativa, de éstas-relacionadas en el proceso.

2. En otro orden de cosas, y ante una eventual calificación que pudiera hacerse de la convocatoria de este proceso como un acto político de la *Generalitat*, debe recordarse que los actos de esta naturaleza, cuando violan la Constitución, están sujetos al control del Tribunal Constitucional en todos sus elementos, y no sólo en aquellos mencionados por el artículo 2, letra a), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes").

En cualquier caso, resulta claro que en la consulta objeto de impugnación está en juego la "protección jurisdiccional de los derechos

fundamentales", dado que el derecho de participación política del artículo 23.1 de la Constitución tiene esa consideración. Asimismo, entre los "elementos reglados" de cualquier acto administrativo se encuentra indudablemente la competencia del órgano que lo dicta y el procedimiento seguido al efecto, siendo así que el Gobierno de la Nación cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para convocar la consulta y la naturaleza referendaria del procedimiento que pretende utilizarse a tal fin.

III. Procedimiento de impugnación

1. En la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros se plantea la impugnación de las actuaciones relativas a la convocatoria del proceso de participación del 9 de noviembre de 2014, al amparo del procedimiento previsto en el título V de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) en relación con las disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas, y, subsidiariamente, la formalización de un conflicto positivo de competencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 y siguientes de la misma Ley.

Se citan en la propuesta tres precedentes en los cuales el Tribunal Constitucional admitió un conflicto positivo de competencia contra determinadas actuaciones materiales o no formalizadas de la Administración, y, con base en ellos, se sostiene -por identidad de razón- que estas actuaciones pueden ser igualmente impugnadas a través del procedimiento del título V de la LOTC. Tales precedentes son la Sentencia 33/1982, de 8 de junio, en la que el conflicto se suscitó contra "la comunicación dirigida por el Gobernador Civil de Barcelona al Consejero de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad, y las actuaciones practicadas a que alude dicha comunicación" (FJ 1º); la Sentencia 102/1988, de 8 de junio, en la que el conflicto se planteó sobre la base de diversos documentos del Gobierno Vasco, alguno de ellos sin fecha ni firma, en los que se regulaban y preparaban las elecciones sindicales de los funcionarios públicos (FJ 1º); y la Providencia de 11 de diciembre de 2012, por la que se admitió el conflicto promovido contra la decisión del Gobierno Vasco, de fecha indeterminada, por la que se había acordado que los trabajadores del sector

público vasco cobrasen la paga extraordinaria de diciembre de 2012, así como respecto a las actuaciones o disposiciones que apliquen este criterio.

De entre estos precedentes interesa destacar, por su relevancia para el supuesto sometido a consulta, el contenido de la Sentencia 102/1988, en la que el Tribunal Constitucional, tras indicar que el conflicto positivo de competencia requiere "la existencia de «disposiciones, resoluciones y actos» que no respeten el orden de competencias, como requisito procesal o presupuesto generador de un conflicto de este orden", observó que "esto no debe conducir a una rigurosidad extrema y formalista de la concepción del conflicto y limitarlo a los supuestos de resoluciones, disposiciones y actos administrativos perfectos desde el punto de vista de su validez y eficacia, puesto que es a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa -y no a este Tribunal- a quien compete enjuiciar la regularidad formal de esos actos y disposiciones, y no cabe duda que éstos, aun dentro de su posible irregularidad, pueden originar una vulneración en el ámbito competencial del recurrente y, por ende, con transcendencia constitucional que legitime la entrada de esta jurisdicción". Para el Tribunal Constitucional, "negar esto supondría consagrar la inmunidad de las invasiones de competencia por actos o disposiciones defectuosos". Asimismo, se recordó que, en pronunciamientos anteriores, se habían considerado como "actos susceptibles de provocar un conflicto de competencias" a "circulares o meras comunicaciones en las que se afirmaba que no eran más que puras instrucciones internas dirigidas a órganos subordinados, o informaciones no resolutorias", o "actos preparatorios" (FJ 3º).

La aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha venido a refrendar la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con ocasión de los referidos conflictos positivos de competencia, al incluir, dentro de la actividad administrativa impugnabile, la denominada «vía de hecho» (artículos 25.2 y 30). El apartado V de la exposición de motivos de esta Ley precisa que, a través del recurso contra la vía de hecho, "se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase". La extensión del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a las actuaciones materiales de la

Administración viene a confirmar, en consecuencia, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de tales cuestiones, cuanto más en un caso -como el presente- en que tales actuaciones forman parte de un proceso iniciado por un acto jurídico de convocatoria en el que existe una manifestación de voluntad formalizada por escrito.

2. Las consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional en relación con el objeto del conflicto positivo de competencia son trasladables -a juicio del Consejo de Estado- al procedimiento de impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas contemplado en el título V de la LOTC (artículos 76 y 77), dado que el objeto de ambos procesos -disposiciones y actos sin fuerza de Ley- es idéntico.

La única diferencia entre uno y otro radica, como es bien conocido, en la diferente naturaleza de los vicios de inconstitucionalidad que pueden alegarse en cada uno de ellos: el conflicto positivo de competencia se encuentra exclusivamente reservado a los vicios de orden competencial, en el bien entendido de que "es un proceso configurado no sólo al servicio de la reivindicación competencial y, consiguientemente, de la declaración de la titularidad de la competencia ejercitada y manifestada en el acto o disposición objeto de la controversia, sino que también posibilita la defensa de las competencias propias frente a aquellos actos y disposiciones de otros entes que menoscaban o interfieren el legítimo ejercicio de dichas competencias, entendiéndose por tal tanto lo que atañe a la titularidad de las mismas como lo que afecta o incide en su legítimo y pacífico ejercicio", de forma que "existirá el vicio de incompetencia que constituye el objeto propio del conflicto positivo de competencia bien si la parte actora reclama para sí la competencia ejercida por otro o bien si, en su caso, discrepa de la forma en que el titular de una competencia la ha ejercido, extralimitándose y lesionando, perturbando o desconociendo al ejercitarla el ámbito de atribuciones constitucionales de quien plantea el conflicto" (Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2007, de 1 de marzo, FJ 3º; y 6/2012, de 18 de enero, FJ 3º); en cambio, el procedimiento de impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas del título V de la LOTC se encuentra primariamente destinado a depurar vicios de orden sustantivo o, también, vicios

competenciales y sustantivos que no pueden alegarse de forma conjunta en el conflicto positivo de competencia, como este Consejo de Estado señaló, con cita de numerosa jurisprudencia constitucional, en el dictamen 965/2014, de 28 de septiembre.

El motivo de que la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional, admitiendo la impugnación de actuaciones administrativas -incluso materiales- que no reúnen los requisitos de validez y eficacia propios de los actos administrativos, haya recaído en relación con diversos conflictos de competencia, estriba única y exclusivamente en que los vicios invocados por la parte recurrente en aquellos supuestos eran de naturaleza competencial y, por tanto, el conflicto de competencia era el único procedimiento posible.

Pero si se esgrimen vicios sustantivos o, de manera conjunta - como en el presente caso-, vicios competenciales y sustantivos que no pueden ser invocados a través de un conflicto de competencia, procede -a juicio del Consejo de Estado- la impugnación de tales actuaciones a través del procedimiento de impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas contemplado en el título V del LOTC. En otro caso, se estaría en el absurdo de entender que las referidas actuaciones, no residenciables en el conflicto positivo de competencia en razón del carácter sustantivo de todos o parte de los vicios alegados, pudieran resultar inmunes a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Por las razones expuestas, entiende el Consejo de Estado que concurren los presupuestos procesales necesarios para la impugnación de la convocatoria del proceso de participación ciudadana del 9 de noviembre de 2014 a través del procedimiento previsto en el título V de la LOTC en relación con las disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas. La invocación con carácter subsidiario del conflicto positivo de competencia se explica por el hecho de que los precedentes jurisdiccionales mencionados sobre el carácter impugnabile de determinadas actuaciones administrativas carentes de la debida formalización surgieran en el seno de dicho proceso, y, por ello, constituye una razonable y elemental cautela,

justificada por la trascendencia de los principios constitucionales cuya tutela se demanda, en orden a que la impugnación sea en todo caso admitida.

IV.- Análisis de los fundamentos jurídicos de la impugnación

1. Como resulta de antecedentes, el *Govern* de la *Generalitat de Catalunya* ha convocado un «proceso de participación ciudadana» para que los catalanes y las catalanas y las personas residentes en Catalunya manifiesten su opinión sobre el futuro político de Catalunya a partir del 9 de noviembre de 2014, en los términos previstos en la convocatoria.

Esta convocatoria, que fue anunciada por el *President* de la *Generalitat* de Catalunya en su comparecencia pública de 14 de octubre de 2014 e inmediatamente formalizada por el *Govern* en la página web de la propia *Generalitat*, no se ampara en un título jurídico expreso, ni siquiera en el título III de la Ley de Catalunya 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, dedicado a los «procesos de participación ciudadana», que no fue impugnado por el Gobierno en su recurso de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley y, por ello, no se encuentra suspendido.

Aun cuando la *Generalitat* no haya fundamentado la convocatoria de la consulta en el título III de la Ley de Catalunya 10/2014, cobran especial relevancia para el asunto sometido a consulta las consideraciones realizadas por el Consejo de Estado en el dictamen 964/2014, de 28 de septiembre, emitido en relación con dicha Ley, por cuanto tales consideraciones, aunque referidas inicialmente a los procesos de participación ciudadana regulados en dicho título III, son predicables -por el grado de abstracción con que las mismas fueron formulados- de otros procesos de la misma naturaleza.

En dicho dictamen, el Consejo de Estado observó que "los denominados «procesos de participación ciudadana» no están configurados en la Ley de Catalunya 10/2014 como instrumentos para el ejercicio del derecho fundamental de participación política del artículo 23.1 de la Constitución, en la medida en que no comportan -de acuerdo con el tenor legal- el ejercicio del

derecho de sufragio a través de un determinado procedimiento electoral, sino la mera formulación de opiniones o propuestas mediante procedimientos distintos». Por ello -se dijo-, "deben encuadrarse -de acuerdo con la doctrina contenida en la Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, del Tribunal Constitucional (FJ 2º)- dentro de la figura de las «consultas populares no referendarias», entendidas éstas -según la definición recogida en dicho pronunciamiento- como aquellas mediante las cuales se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos distintos de los que cualifican una consulta como referéndum".

Dado que, de acuerdo con el artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene competencia para la regulación de las consultas populares no referendarias, de cuya naturaleza participan -tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio (FJ 69º)- las encuestas, audiencias públicas y foros de participación contempladas en dicho precepto estatutario y en el propio título III de la Ley de Cataluña 10/2014 como modalidades o formas de los procesos de participación ciudadana, el Consejo de Estado concluyó que "los términos literales de la regulación contenida en el título III de la Ley de Cataluña 10/2014" no permitían apreciar "un vicio de inconstitucionalidad inmediato" susceptible de ser depurado a través del correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Para llegar a esta conclusión se atendió única y exclusivamente al tenor de la regulación legal, haciendo abstracción de la situación de hecho subyacente y, en particular, de la licitud de los fines con que estos procesos de participación pudieran llegar a ser utilizados en la práctica. La caracterización del recurso de inconstitucionalidad como un "recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento" (Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2014, de 12 de junio, FJ 2º) impedía -según se expuso- la interposición del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra el título III de la Ley de Cataluña 10/2014.

Sin embargo, el Consejo de Estado advirtió expresamente de que si la *Generalitat* convocaba procesos de participación ciudadana "que, invocando la cobertura legal del título III de la Ley de Cataluña 10/2014,

alterasen la estructura con que los mismos se definen en la propia Ley, llamando al pueblo de Cataluña al ejercicio del sufragio, o que tuvieran un objeto que excediera -por utilizar las mismas palabras que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio (FJ 2º)- de «los límites materiales a que también hicimos referencia en la Sentencia 103/2008 (FJ 4º) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el artículo 168 de la Constitución», el Gobierno de la Nación podría impugnarlos "a través de los procedimientos distintos del recurso de inconstitucionalidad que la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha previsto para tal fin".

Como puede observarse, el Consejo de Estado condicionó la impugnación de estos eventuales procesos de participación ciudadana a la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: la primera, que tales procesos se convoquen sin la estructura que les es propia, "llamando al pueblo de Cataluña al ejercicio del sufragio"; la segunda, que el objeto de estos procesos vulnere "los límites materiales respecto de todo tipo de consultas" establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Importa ahora detenerse brevemente en las razones por las que en aquel dictamen se dijo que bastaría con apreciar una sola de estas circunstancias para que pudiera impugnarse un proceso de participación ciudadana ante el Tribunal Constitucional:

a) Por una parte, debe notarse que las consultas referendarias comportan el ejercicio del derecho de sufragio a través de un procedimiento electoral que no existe en las consultas no referendarias, donde las personas llamadas a participar se limitan a realizar propuestas o valoraciones de los asuntos sometidos a su consideración a través de procedimientos que -cualquiera que sea su naturaleza- no implican la emisión de un voto.

De este modo, las consultas referendarias no se caracterizan, frente a las no referendarias, por "la mayor o menor trascendencia -política, administrativa o de cualquier otra índole- del objeto de la consulta", según se dijo en el dictamen 964/2014, de 28 de septiembre, sino por la diferente forma

en que en unas y otras se manifiesta la voluntad ciudadana: en las consultas referendarias a través del sufragio; en las consultas no referendarias al margen del mismo.

En razón de las consideraciones expuestas, la convocatoria por una Comunidad Autónoma -sin la autorización del Estado ni la observancia del bloque de la constitucionalidad en materia de referéndum- de un proceso de participación ciudadana que, alterando su naturaleza, llame al ejercicio del derecho de sufragio, adolece de un vicio de inconstitucionalidad, cualquiera que sea el objeto de dicho proceso.

b) Por otra parte, importa subrayar que el objeto de las consultas populares, sean o no referendarias, se encuentra limitado por el ámbito de competencias del poder público convocante y el necesario respeto a los principios materiales del orden constitucional. En tal sentido, una consulta no referendaria puede reputarse inconstitucional, aun cuando no comporte un ejercicio del derecho de sufragio, si somete a la consideración de los ciudadanos asuntos públicos que exceden de las competencias de la autoridad convocante o les plantea preguntas que vulneran aquellos principios.

En particular, quedan fuera del haz de competencias de las Comunidades Autónomas cualesquiera cuestiones que afecten a la «indisoluble unidad de la Nación española» consagrada en el artículo 2 de la Norma Fundamental. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio (FJ 69º)-, condicionó la constitucionalidad de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre consultas populares no referendarias, prevista en el artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, a la observancia de "los límites materiales a que -dijo el Tribunal- también hicimos referencia en la Sentencia 103/2008 (FJ 4º) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el artículo 168 de la Constitución".

En esta última Sentencia se dejó dicho, en efecto, que "el respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquellos que afectan al fundamento de la identidad del titular

único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines", pues "no caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político".

En definitiva, cualquier tipo de consulta popular, sea o no referendaria, debe ceñirse al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas que las convocan y no puede plantearse en términos de los que pudiera resultar una voluntad contraria a la subsistencia de los fundamentos mismos del orden constitucional, incurriendo, en caso contrario, en un vicio de inconstitucionalidad.

2. De acuerdo con las consideraciones que se han expuesto, la razón de que el Consejo de Estado apreciase en el dictamen 965/2014, de 28 de septiembre, que existían fundamentos jurídicos suficientes para la impugnación de la «consulta no referendaria» convocada por el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del *President* de la *Generalitat*, no fue sólo que tal consulta constituyera un auténtico referéndum -por implicar el ejercicio del sufragio- y, por ello, vulnerase los artículos 92.1 y 2 (competencia del Rey para convocar, a propuesta del Presidente del Gobierno, un referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia) y 149.1.32ª de la Constitución (competencia del Estado para la autorización de consultas populares por vía de referéndum) y el bloque de la constitucionalidad en materia de referéndum (Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, y Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), sino, además y de manera muy relevante, que su objeto excedía de los límites competenciales y materiales constitucionalmente impuestos a cualquier tipo de consulta popular.

Cabe recordar que la «consulta no referendaria» convocada por el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del *President* de la *Generalitat*, comportaba un llamamiento a los ciudadanos catalanes para que, mediante la expresión del voto, se pronunciasen afirmativa o negativamente sobre las dos

siguientes preguntas: la primera era "¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?"; y, sólo para quienes contestasen afirmativamente, había una segunda del tenor "¿Quiere que este Estado sea independiente?".

El Consejo de Estado consideró entonces procedente la impugnación de la convocatoria de la consulta, al amparo del procedimiento contemplado en el título V de la LOTC, por entender que incurría en vicios tanto competenciales como materiales: por una parte, se dijo que "la constitución de Cataluña como Estado independiente es una cuestión que, en cuanto afecta a la unidad de la Nación española (artículo 2 de la Constitución), excede del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Cataluña y proyecta sus consecuencias sobre la totalidad del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional (artículo 1.2 de la Constitución)"; por otra, se destacó que la consulta "ponía en cuestión los pilares básicos del orden constitucional", pues su celebración "supondría aceptar -observaba el dictamen- que una fracción del cuerpo electoral (los españoles con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Cataluña) pudiera, en hipótesis, abrir un auténtico proceso constituyente -facultad que sólo corresponde al sujeto que ostenta la condición del poder soberano, que es el pueblo español en su conjunto (artículo 1.2 de la Constitución)- dirigido a vulnerar uno de los fundamentos del orden constitucional, como es la unidad de la Nación española (artículo 2 de la Constitución)".

3. El denominado «proceso de participación ciudadana» del 9 de noviembre de 2014, cuya convocatoria fue anunciada por el *President* de la *Generalitat* en su comparecencia pública del 14 de octubre anterior y acordada por el *Govern* por escrito -forma de expresión y constancia de los actos administrativos prevista en el artículo 55 de la Ley 30/1992- en la página web de la *Generalitat*, tiene idéntico objeto y llama al ejercicio del sufragio, en sobre cerrado que será depositado en las urnas que se establezcan al efecto en locales dependientes de la propia *Generalitat* o buscados por ella, a las mismas personas que la consulta convocada por Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, del *President* de la *Generalitat*, y actualmente suspendida por Providencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2014.

De la comparecencia realizada por el *President* el 14 de octubre de 2014 y del contenido de la convocatoria que aparece en la página web de la *Generalitat* se evidencia, de manera nítida e indubitada, que los elementos esenciales que caracterizan a este denominado «proceso de participación ciudadana» en cuanto a las personas llamadas a participar y el mecanismo de manifestación de la voluntad popular, y, en particular, en lo relativo a su objeto, son idénticos a los de la consulta suspendida. Aquel día el *President* anunció de forma solemne que "el *Govern* está decidido a ir adelante y hacer la consulta el 9 de noviembre", que "el 9 de noviembre habrá locales abiertos, urnas y papeletas, tal y como me comprometí", que "el *Govern* preparará toda la logística necesaria para que los ciudadanos puedan votar el 9 de noviembre", y, en fin, que "la población llamada a participar será como mínimo la misma que ya estaba llamada a participar". El contenido de la página web de la *Generalitat* en la que se formalizó el acto de convocatoria se hace eco de estas palabras del *President*, determinando de manera precisa las personas que pueden participar (personas mayores de 16 años que residan en Cataluña, sean nacionales o extranjeros, como en la consulta suspendida), la forma de expresión de la voluntad del pueblo de Cataluña (el depósito de una papeleta en sobre cerrado dentro de una urna, como en la consulta suspendida) y el objeto del proceso (con dos preguntas: la primera es "¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?"; y, sólo para quienes contestasen afirmativamente, hay una segunda del tenor "¿Quiere que este Estado sea independiente?", como en la consulta suspendida).

Dada la identidad de elementos y de objeto entre la consulta suspendida y el proceso que ahora pretende celebrarse, el *President* manifestó que no firmaría un Decreto de convocatoria, con el fin de evitar la impugnación del mismo ante el Tribunal Constitucional: en tal sentido, debe recordarse que, al término de la comparecencia del 14 de octubre y en respuesta a las preguntas formuladas por los medios de comunicación, el *President* dijo: "Por ahora no firmaré ningún Decreto, porque si lo firmo, ya sé que pasará"; y añadió: "En estos próximos días y semanas nos adentramos en un terreno en que nosotros no podremos explicar todo lo que haremos, sino que lo iremos explicando a medida que vaya haciéndose con el objetivo que les dije al principio. Si lo hacemos de otro modo nos volveremos a situar con un Decreto

suspendido". Inquirido por las diferencias entre la consulta suspendida y el proceso de participación, el *President* afirmó: "En lo esencial es lo mismo, si por esencial entendemos locales abiertos, urnas en las mesas, miles de mesas y que todos los que quieran votar la pregunta acordada podrán hacerlo. Si eso es lo esencial, es lo mismo". En estas declaraciones del *President*, y en otras similares que tanto él como diversas autoridades de la *Generalitat* han realizado desde entonces, se pone de manifiesto un propósito no disimulado, sino explicitado de manera abierta y pública, de eludir no sólo la suspensión ya decretada por el Tribunal Constitucional sino de evitar futuras impugnaciones del Gobierno ante dicho órgano. Igualmente se hace patente la conciencia de tales autoridades acerca de la antijuridicidad de su conducta y, en lo que importa a efectos de su impugnación ante la jurisdicción constitucional, se acredita la identidad entre la consulta suspendida y la que ahora, bajo nombre distinto, quiere realizarse.

La identidad sustancial de ambos supuestos atestigua -como acaba de apuntarse- que la convocatoria de un denominado «proceso de participación» del 9 de noviembre de 2014, y las actuaciones de todo tipo -no sólo materiales sino también jurídicas, e incluso normativas- que la *Generalitat* viene auspiciando y realizando de cara a su celebración, vulneran la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional en su Providencia de 29 de septiembre de 2014. Esta circunstancia no impide, sin embargo, que el Gobierno pueda impugnar dicho proceso de forma autónoma, como precisamente pretende en el presente caso.

A este efecto, es preciso insistir -en línea con lo ya señalado en el segundo de los apartados del presente dictamen- en que la ausencia de un Decreto del *President* en modo alguno impide apreciar la existencia de un acto jurídico administrativo de convocatoria, que se contiene en la página web de la *Generalitat* -por tanto, en la forma escrita prevista por el artículo 55.1 de la Ley 30/1992- y que dice así: "El día 9 de noviembre de 2014, el *Govern* de la *Generalitat* de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana en el que convoca a los catalanes y las catalanas y a las personas residentes en Cataluña a que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña". Se trata de una manifestación expresa que resulta imputable al *Govern*, en cuanto

fue publicada en la página web de la Generalitat, donde a día de hoy todavía puede leerse. Por tanto, no cabe duda de que el acto jurídico administrativo de convocatoria de esta consulta y, por extensión, cualesquiera actuaciones relacionadas con ella -jurídicas o materiales, normativas o no normativas- que se hayan realizado o puedan realizarse en el futuro, son impugnables ante el Tribunal Constitucional.

A juicio del Consejo de Estado, existen fundamentos jurídicos suficientes para proceder a la impugnación ante el Tribunal Constitucional de la convocatoria de este denominado «proceso de participación ciudadana» y de cualesquiera otras actuaciones relacionadas con el mismo. Y ello no sólo porque en dicho proceso sean apreciables elementos de carácter referendario, perfectamente identificables en el llamamiento al pueblo de Cataluña para el depósito del sufragio en sobre cerrado en una urna, que resultan susceptibles de determinar la infracción de los artículos 92.1 y 2 y 149.1.32^a de la Constitución y el bloque de la constitucionalidad en materia de referéndum contenido en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, y en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, sino porque, además, el objeto de la consulta excede de forma palmaria de los límites competenciales y materiales que afectan a "todo tipo de consultas", dentro de los cuales el Tribunal Constitucional ha incluido, en Sentencia 31/2010, de 28 de junio, los que se derivan del artículo 1.2 ("La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado") y del artículo 2 ("La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española") de la Norma Fundamental, pues -según dijo el Tribunal en la Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre- la revisión de tales principios no puede plantearse en una consulta popular como la diseñada, al margen del procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 168 de la Constitución.

El hecho de que la consulta del 9 de noviembre de 2014 pretenda celebrarse con la ayuda de "voluntarios", o de que las personas llamadas a participar no sean todas las inscritas en el censo electoral sino sólo aquellas que se inscriban voluntariamente en un "fichero de participantes", lejos de atenuar los vicios de inconstitucionalidad de que adolece el proceso, eleva -si

cabe- la gravedad de los mismos, por cuanto que con este proceder se omiten algunas de las más elementales garantías constitucionales atinentes el ejercicio del derecho fundamental de participación política, concretamente la neutralidad de los responsables del proceso y la previa determinación del universo de personas llamadas a votar, siendo así que la inobservancia de tales garantías atenta contra la libertad y la igualdad del sufragio que es regla habitual en cualquier sistema democrático (artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución; artículo 5.1 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum). De este modo, se imputaría al pueblo de Cataluña una manifestación de voluntad moldeada y orientada en un determinado sentido por las autoridades públicas convocantes.

En este punto, resulta de especial importancia subrayar que la eventual firma y publicación de un Decreto de convocatoria por el *President* de la *Generalitat*, pocas horas o días antes del 9 de noviembre de 2014, no sería título que pueda otorgar cobertura jurídica a un proceso que no cumple las exigencias mínimas previstas en el ordenamiento constitucional, ni, por lo mismo, justificar la actuación y excluir la responsabilidad de las autoridades públicas convocantes de este proceso. Cualquier invocación que pudiera hacerse, en un futuro e hipotético Decreto de convocatoria, a "marcos jurídicos preexistentes" que atribuyan a la *Generalitat* "competencia en materia de participación ciudadana" -por utilizar las mismas palabras que el *President* empleó en su comparecencia pública del 14 de octubre de 2014-, o al título III de la Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, dedicado a los «procesos de participación ciudadana», carece de toda virtualidad en orden a legitimar este proceso, dado que los vicios de que el mismo adolece -tal y como se ha puesto de manifiesto- son de naturaleza constitucional y, por ello, no pueden ser sanados por normas o acto de rango inferior.

Los procesos de participación ciudadana del título III de la Ley catalana 10/2014 -encuestas (artículo 53), audiencias públicas (artículo 54), foros de participación (artículo 55) y cualesquiera otros que pudieran crearse a su amparo (artículo 56)- responden a una determinada estructura, contemplada en los artículos 46 a 50 para todo de tipo de procesos, en la que la

manifestación de voluntad de las personas llamadas a participar debe exteriorizarse a través de la "aportación de propuestas" y no mediante el "voto" característico de las consultas que se regulaban en el título II. Por eso mismo el Consejo de Estado dijo, en el dictamen 964/2014, de 28 de septiembre, que, si al amparo del título III de la Ley 10/2014, la Generalitat convocaba procesos de participación ciudadana que, alterando su estructura, llamasen al ejercicio del derecho de sufragio o se excedieran de los límites competenciales y materiales establecidos por el ordenamiento constitucional para todo tipo de consultas, el Gobierno de la Nación podría impugnarlos ante el Tribunal Constitucional. La firma de un Decreto en el que, con base en el título III de la Ley catalana 10/2014, se convoque al pueblo de Cataluña a votar sobre la constitución de un Estado catalán independiente, en modo alguno puede enervar la inconstitucionalidad de la consulta, en los términos que se han indicado.

A la vista de las consideraciones realizadas, debe concluirse que la consulta popular que la *Generalitat* de Cataluña pretende celebrar el 9 de noviembre de 2014 vulnera el ordenamiento constitucional, por cuanto pone en cuestión uno de sus mismos fundamentos, como es la unidad de la Nación española. Los vicios de inconstitucionalidad en que incurre este proceso se enfatizan, en el presente caso, por la propia actitud mantenida por las autoridades públicas convocantes y responsables de la consulta, que han exteriorizado, de forma consciente, reiterada y pública, su voluntad de eludir los mecanismos de control de la constitucionalidad, desconociendo así las más elementales exigencias del principio de lealtad constitucional.

Precisamente por ello, la impugnación debe delimitar con especial cautela el ámbito de la suspensión derivado de la invocación del artículo 161.2 de la Constitución, que ha de extenderse no sólo a las actuaciones –cualquiera que sea su naturaleza, material o jurídica, normativa o no normativa- ya realizadas o iniciadas y a cuya inmediata remoción o paralización debe procederse, sino a cualesquiera otras actuaciones que en el futuro puedan llevarse a cabo en relación con dicho proceso.

Por último, procede recordar que, habiendo invocado el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, el incumplimiento del efecto suspensivo

establecido en este precepto supondría una infracción del artículo 87.1 de la LOTC (“Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva”), con las responsabilidades a que ello pudiera dar lugar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que existen fundamentos jurídicos suficientes para impugnar, al amparo del procedimiento previsto en el título V de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», así como cualesquiera otras actuaciones –con independencia de su naturaleza- en relación con dicho proceso, con expresa invocación del artículo 161.2 de la Constitución para obtener la suspensión del proceso.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 30 de octubre de 2014

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL GOBIERNO.