

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento*: 1. Efectos de la anulación judicial de un Reglamento. 2. Procedimiento de elaboración. Se insiste en la necesidad del Dictamen del Consejo de Estado.—II. ACTO: A) *Naturaleza de los dictados por el Consejo General del Poder Judicial*: Es acto administrativo por ser el CGPJ órgano administrativo. B) *Eficacia*: 1. Suspensión: Incorporación el servicio militar y solicitud de prórroga. 2. Suspensión: Aplicación por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo del criterio contenido en el artículo 116 LPA.—III. CONTRATOS: *Contratación de las Corporaciones Locales*: Nulidad de contrato adjudicado a un Concejal que dimite después de haber presentado suplica.—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Consultas populares*: Derecho de petición. El derecho de los vecinos a solicitar la celebración de una consulta popular (artículo 18.f de la LBRL) obliga al Ayuntamiento a adoptar un acuerdo al respecto, por ser aquél un verdadero derecho subjetivo y no una petición graciable. B) *Suspensión de acuerdos*: 1. Se confirma la doctrina acerca de la prevalencia de los mecanismos impugnatorios de los acuerdos locales previstos en los artículos 65 y 66 LBRL frente a la normativa sectorial que autorizaba la suspensión de los mismos por parte de las Comunidades Autónomas. Habiéndose iniciado el procedimiento del artículo 118 LJ éste no es reconvertible en el contencioso ordinario. 2. No siendo admisible ya la suspensión de un acuerdo municipal por la Comunidad Autónoma, el traslado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del acto suspensivo puede surtir los efectos propios de la impugnación ordinaria del acuerdo, iniciándose el proceso consiguiente. Doctrina contraria a la sustentada en el Auto de 31 de octubre de 1989, reproducido anteriormente. C) *Subrogación de competencias*: Habida cuenta del carácter de competencia municipal natural que tiene el urbanismo, así como la Autonomía consagrada por la Constitución, la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en las competencias municipales es rigurosamente excepcional.—V. COLEGIOS PROFESIONALES: *Valor de las circulares informativas de los Colegios profesionales sobre la interpretación de la normativa profesional*: no son actos administrativos.—VI. DERECHOS FUNDAMENTALES: *Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*.—VII. EXTRANJEROS: *Permiso de trabajo*. Se confirma la doctrina que tiende a reducir el margen de discrecionalidad en la concesión o denegación de permisos de trabajo, habida cuenta del reconocimiento constitucional e internacional del derecho al trabajo.—VIII. CAJAS DE AHORRO: *Designación de miembros para Consejo de Administración*.—IX. SANCIONES: A) *Tipicidad*: Alcance del principio de tipicidad de infracciones y sanciones. Nulidad de las sanciones impuestas durante la vigencia del derogado artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores. B) *Sujeto responsable*: 1. Responsabilidad de los empleados o del Banco. Sala de Revisión. Se mantiene la doctrina de la imputación de la responsabilidad a los empleados de la agencia y no del banco. Voto particular contrario.—X. URBANISMO: A) *Competencia*: Carácter rigurosamente excepcional de la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en las competencias municipales. B) *Licencias*: Subrogación. La competencia municipal subsiste en tanto el Ayuntamiento no recibe el requerimiento de la Comisión para la revisión del expediente, tanto por razones de celeridad y eficacia como por exigencias del principio de autonomía municipal. C) *Disciplina*: 1. El procedimiento sancionador en materia urbanística debe sujetarse escrupulosamente a los trámites regulados en los artículos 133 y ss. LPA. 2. Sanción aplicable. Determinación de la cuantía cuando se establece en proporción al «valor de la obra, instalación o actuación proyectada» (artículo 90-1 R-Disciplina).—XI. RECURSO ADMINISTRATIVO: *Reposición*: Resolución extemporánea tardía.—XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINIS-

TRATIVA: A) *Actos impugnables*: No son actos impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa las circulares informativas emanadas por los colegios profesionales en las que se interpreta la normativa aplicable, en materia de atribuciones de los técnicos titulados. B) *Causas de inadmisibilidad*. Al tratarse de un vicio de orden público apreciable de oficio, pueden alegarse en el recurso de apelación pese a no haberse alegado en la primera instancia. C) *Coadyuvante*: Se reitera la doctrina de que el artículo 95.2 LJ, que impide al coadyuvante apelar la sentencia si no lo hace la parte principal, ha de entenderse derogado por la Constitución, por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. D) *Recurso de revisión*: En virtud del artículo 24 de la Constitución, se flexibiliza el rigor con el que se exigía, como requisito de admisión del recurso, la aportación de las copias autorizadas de las sentencias contradictorias con la recurrida. E) *Ejecución de sentencias*: 1. Imposibilidad de cumplir la sentencia que anula de destitución de un Concejal de su cargo como Teniente de Alcalde, al haberse producido mientras tanto nuevas elecciones. 2. Demolición de obras sin licencia. Se revoca el Auto por el que se acordó ejecutar la Sentencia a través de una indemnización sustitutoria al haber planteado el incidente los particulares afectados y no la Administración, y por no existir imposibilidad legal ni material para ejecutar la sentencia. F) *Costas*: La existencia de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo coincidentes y contrarios a la tesis del recurrente no puede impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y en consecuencia no procede condenar a quien mantiene su oposición a un tema cuyo fondo ya ha sido resuelto.—XIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Ambito*: El sistema de responsabilidad patrimonial regulado en los artículos 121 LEF y 40 LRJAE no es de aplicación a los daños causados a un concesionario por acuerdos que inciden en sus derechos de aprovechamiento de aguas públicas. B) *Nulidad de acto-anulación de licencia*. C) *Administración de Justicia*: Supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado. D) *Compatibilidad con pensión*.

I. FUENTES

Reglamento.

1. *Efectos de la anulación judicial de un Reglamento, equivalente a su derogación en cuanto la misma no hace recuperar la vigencia de las normas por él derogadas.*

«La resolución inicial del Delegado del Gobierno en Campsa, así como la Orden del Subsecretario de Economía y Hacienda que en alzada confirma aquélla, aducen como fundamento de la sanción impuesta al recurrente, el Reglamento para el Suministro y Venta de Carburantes y Combustibles Líquidos, Objeto del Monopolio de Petróleos de 10 de abril de 1980, Orden cuya nulidad fue declarada por Sentencia de esta misma Sala de 3 de marzo de 1986; en consecuencia es criterio mantenido en sentencias anteriores —Sentencia 28 de diciembre de 1987— que la anulación judicial de una norma en su totalidad, equivale al acto de derogación y con idéntico alcance; se está en presencia por tanto de la desaparición de una norma jurídica y su efecto tan inmediato como automático, consiste en dejar sin cobertura los actos administrativos de aplicación individual y como en un aspecto la derogación de una norma no hace recuperar por sí misma la vigencia a las que en su momento derogó y en otro aspecto convergente no cabe dotar de eficacia retroactiva a las disposiciones dictadas para sustituir a las anuladas judicialmente, la anulación judicial del Reglamento de 1980, ha producido un vacío normativo temporal que conlleva la impunidad de las conductas en él tipificadas.» (Sentencia de 23 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 7975.)

2. *Procedimiento de elaboración. Se insiste en la necesidad del Dictamen del Consejo de Estado en las modificaciones de las disposiciones generales, incluso si tienen un carácter temporal meramente transitorio.*

«El ejercicio de la potestad reglamentaria que la Administración en desarrollo y aplicación de una Ley —y la aludida Orden Ministerial es producto de dicho ejercicio—, se halla sujeta en su elaboración al cumplimiento de determinados trámites, estudios e informes previos, que garantizan su legalidad, acierto y oportunidad, tanto para los ciudadanos como para la misma administración, cuyo procedimiento se encuentra sustancialmente regulado en el Capítulo I, del Título VII, y en particular en lo que aquí interesa, en el número 3, del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo; pues bien, entrañando la Orden Ministerial, de 28 de diciembre de 1984, una Disposición de carácter general, dictada en ejecución de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, de modo y manera que resulta ser una modificación, aunque sea con carácter transitorio, de la regulación contenida en el Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, sobre concursos para la provisión de plazas de Cuerpos Docentes Universitarios, desbordando incluso dicha Orden Ministerial las disposiciones transitorias previstas en aquél, al ser —repetimos—, una modificación de tales normas contenidas en el citado Real Decreto, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que establece la necesidad de consultar, en la producción de Reglamentos o Disposiciones generales que se dicten en ejecución de las Leyes, así como la modificación de aquéllos, a la Comisión Permanente del Consejo de Estado, cuya exigencia, formal insubsanable, no se ha cumplido en la elaboración de la Orden Ministerial ahora combatida, y por ello ésta deviene jurídicamente nula al existir en su elaboración un vicio esencial que impide su validez.» (*Sentencia de 14 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 7978.*)

II. ACTO

A) *Naturaleza de los dictados por el Consejo General del Poder Judicial.*

Es acto administrativo por ser el CGPJ órgano administrativo. Como tal acto debe motivarse suficientemente.

«Entrando ya en el fondo del asunto hay que empezar recordando que —aunque se admitiera la tesis del Consejo General del Poder Judicial de que puede separarse la propuesta que formulan las Salas de Gobierno, tesis que puede encontrar un serio escollo en ese moderno verbo que emplea el artículo 200.2 de la Ley: “confeccionará —dice— la relación”, es lo cierto que con ello no podría hacerlo sin la necesaria motivación razonada. Lo contrario equivaldría a admitir que un órgano investido de poder público como es el Consejo —puro órgano administrativo además— puede actuar *a legibus solutus*, lo cual es indamisible en un Estado de derecho. Cuando se dice que discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo precisamente, entre otras cosas, que incluso las llamadas decisiones discrecionales —y ninguna decisión administrativa lo es de manera total en democracia— han de ser motivadas. Lo contrario chocaría en preceptos de rango constitucional como los siguientes: artículo 9.1 —sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico—; el artículo 9.3 —interdicción de la

arbitrariedad—; artículo 103 —sujeción plena a la Ley y, además, al derecho que es previo a aquélla—; artículo 23.2 y artículo 103.3 —principios del mérito y capacidad en el acceso a los cargos públicos—. En consecuencia, y aunque se admitiera que la función del Consejo General del Poder Judicial en estos casos va más allá de la pura y literal “confección” de la correspondiente relación y que puede, por tanto, separarse de la propuesta de las Salas de Gobierno, siempre tropezará con esos límites constitucionales que, obviamente, no puede rebasar. De manera que si motivada ha de ser la propuesta de la Sala de Gobierno (artículo 152.2.3.º), con mayor razón ha de serlo la resolución del Consejo General que se aparta de ella. Así resulta del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuya aplicación es imperativa, no ya sólo por mandato del artículo 142 de la Ley orgánica del Poder Judicial, sino porque aquélla Ley procesal es la básica estatal en la materia: artículo 149.1.18º de la Constitución, donde se garantiza un trato igual a los administrados ante cualquier Administración Pública, condición ésta que tiene el Consejo según se ha dicho pues constituye una organización administrativa no personificada y no un órgano judicial. Y ocurre que el propio artículo 43 exige motivar las resoluciones que se apartan de los dictámenes de órganos consultivos. Pues bien; por más que informes y propuestas sean técnicamente diferenciables —el informe pertenece a la fase de instrucción; la propuesta a la de resolución—, en cuanto a su contenido tienen idéntica esencia: una declaración de juicio. Y esto no es solamente una teoría unánimemente aceptada por la comunidad científica de los *iusadministrativistas*, sino que, además, está dicho con toda claridad en nuestro derecho vigente: artículo 175 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, que llama a las propuestas “informes para resolver”. Por ello, cuando el Consejo sostiene —al resolver el recurso de reposición— que “dado el carácter discrecional de los nombramientos” se le “faculta para aceptar la propuesta razonada (...) o para disentir de ella”, dice algo que, en el mejor de los casos, sólo en parte es verdad. Porque lo que es indiscutible es que ese disentimiento tiene que motivarse y aquí ha faltado en absoluto la motivación.

Es evidente que para motivar la exclusión no basta con decir —como dice— la Comisión en su propuesta obrante a los folios 18 y 19 del expediente administrativo —que don José C. C. “no es idóneo para el cargo”—, sin apoyar tan grave afirmación en argumento alguno. Esto no es motivar. Esto es, sencillamente, descalificar arbitrariamente al recurrente. Pero es que, además, el carácter arbitrario de la decisión del Consejo resulta tanto más llamativo cuando lo que aquí consta probado es precisamente lo contrario: su idoneidad para el cargo. Porque ganó en oposición libre la plaza de Juez de Primera Instancia de Almansa, con nombramiento de 11 de julio de 1942, ha actuado como Magistrado del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en Gerona, desde el 19 de octubre de 1956 hasta el 16 de noviembre de 1957, en que cesó por traslado a la Audiencia Provincial de Sevilla. Asimismo consta que el recurrente ha sido Presidente de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, cargo en el que cesó en 27 de abril de 1982, por jubilación. Consta que ha sido Presidente de la Junta Electoral de Zona de Sevilla, en las elecciones de 1977. Con estos antecedentes, la presunción está a favor de la idoneidad, y el Consejo General del Poder Judicial está en el deber, no sólo legal, sino también jurídico (artículo 103.2 CE) de destruir, con las pruebas necesarias, esa presunción, o de declarar en caso contrario, el derecho del recurrente a ser nombrado para una de esas dos plazas, lo que, en este caso, conllevaría las necesarias consecuencias económicas mediante la oportuna indemnización que incluso el recurrente evalúa en el antecedente 5.º de su demanda.» (*Sentencia de 16 de enero de 1989, Pleno, Ar. 9859.*)

B) *Eficacia.*1. *Suspensión.*

Incorporación al servicio militar y solicitud de prórroga. Necesidad de probar los daños de reparación imposible o muy difícil, pues sino, la excepción individual a la incorporación a filas con la simple alegación de los daños podría dar lugar a una acumulación de acciones individuales que podría poner en peligro la institución militar.

«Este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado en los Autos de 10 de octubre de 1987, 25 de octubre y 6 de noviembre de 1989, al enjuiciar la suspensión del acto administrativo que denegaba al actor la petición de prórroga de 1.ª clase para su incorporación al servicio militar, que en la prestación de este servicio militar obligatorio, uno de los deberes de los españoles previstos en la Constitución —art. 30.2—, hay que distinguir en la medida que el interés público exija la ejecución del acto, dos planos: a) en el general, es decir, como deber de la generalidad de los ciudadanos, la intensidad con que el interés público exige la ejecución es grande, dado que la cuestión afecta a la Defensa del Estado; b) pero en el aspecto más concreto, o individualizado, referido el deber de una persona que ha solicitado la prórroga, aquel interés público es mucho más débil puesto que el retraso en la prestación del servicio militar de "un" ciudadano carece de relevancia desde el punto de vista de las exigencias globales de la Defensa y así las cosas, los perjuicios que en este supuesto causarían la ejecución inmediata del acto impugnado al recurrente, han de entenderse con virtualidad suficiente para provocar la suspensión si se piensa que una sentencia eventualmente estimatoria devendría inoperante cuando ya el servicio militar estuviese cumplido frustrándose así la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24.1 de la Constitución.

Esta cuestión, sin embargo, debe ser tratada con la seriedad y trascendencia que merece, es decir, si la medida excepcional de la suspensión sólo se adapta ante una evidente situación de grave riesgo de innegables consecuencias de difícil o imposible reparación, la excepción individual está plenamente justificada, pero si ésta se pretende con la simple alegación, sin prueba que la respalde, se podría dar origen a una corriente de general consentimiento que, acumulando acciones individuales, podría llegar a poner en peligro la propia institución, y el centro de gravedad se habría trasladado de lo individual a lo público, y el interés de la Defensa Nacional afectado por el generalizado abuso de pretensiones individuales no justificadas o al menos no probadas en forma evidente.

No basta alegar posibles consecuencias de reparación imposible o de muy difícil solución, es necesario aportar las pruebas de su existencia.

Todo el tema de las prórrogas de incorporación a filas de 1.ª clase, está tratado en la Ley 19/1984 del Servicio Militar y su Reglamento —arts. 73 al 89—, exigiendo en esta última un detallado análisis de la situación del solicitante, para cuya valoración se exigen pruebas objetivas contrastables que minuciosamente se detallan.» (*Auto del TS de 14 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 8780.*)

2. *Suspensión.*

Aplicación por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa del criterio contenido en el artículo 116 LPA, de modo que se otorga la suspensión al aducirse la nulidad de pleno derecho del acto impugnado.

«La suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados en vía contencioso-administrativa ordinaria, deviene procedente según determina el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, cuando pudieren ocasionarse al interesado daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, no concurriendo normalmente tales circunstancias en aquellos casos en que la resolución administrativa se materializa en una mera sanción de carácter económico, si no resulta demostrada suficientemente la realidad de los daños y perjuicios susceptibles de ocasionar la ejecución o su difícil o imposible reparación; ahora bien tal doctrina de orden general que venimos proclamando con reiteración, no puede ni debe ser indiscriminadamente aplicada, pues en todo caso han de ser ponderadas las particularidades ínsitas en los distintos supuestos enjuiciados y si observamos que aquí y ahora estamos en presencia de una sanción pecuniaria impuesta por infracción del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de 24 de julio de 1981, cuya aplicación hemos jurisdiccionalmente proscrito de manera uniforme, por reputar infringido el principio de reserva legal en la materia, resulta evidente cómo cabría incluir el supuesto que discernimos en la especial prescripción del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo que bien puede ser aplicado por esta Jurisdicción y a cuyo tenor, procede la suspensión cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho relacionados en el artículo 47 del mismo texto legal, al cual sin duda, cabe también reconducir el fundamento de la impugnación desarrollada en el recurso número 17523, y es por ello, por lo que aun marginada la también consolidada doctrina jurisprudencial en orden a la aplicación de la prescripción, en casos como el actual, hemos de concluir afirmando la corrección jurídica de la suspensión decretada en ponderación de las concretas circunstancias concurrentes.» (*Auto de 26 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 8987.*)

III. CONTRATOS

Contratación de las Corporaciones Locales.

Nulidad de contrato adjudicado a un concejal que dimite después de haber presentado su plica. Aplicación preferente de la legislación de contratos sobre la legislación electoral, exigiéndose la previa dimisión para poder acudir a la licitación.

«En cuanto a la legalidad contractual aplicable debe tenerse en cuenta que, aunque la regla segunda del artículo 88 de la Ley reguladora de las bases de Régimen Local declara que los supuestos de incapacidad e incompatibilidad para contratos con las Entidades Locales se determinará por la legislación básica del Estado, debe tenerse en cuenta que el artículo 9.º de la Ley de Contratos del Estado, en su regla sexta, señala que no se hallan facultadas para contratar con la Administración las personas al servicio de todas las Adminis-

traciones, debiendo extenderse tal prohibición con carácter extensivo en el sentido de comprender no sólo a los funcionarios, sino también y ello con mayor motivo, a las personas constituidas en autoridad, de donde resulta que la regla primera del artículo 5.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, al prohibir contratar con la Administración a los Alcaldes y Concejales de la propia Corporación no hace otra cosa que desarrollar y puntualizar la regla legal antes consignada, debiéndose tener en cuenta, además, que la prohibición es tan categórica que el párrafo final del artículo 9.º de la Ley de Contratos del Estado, declara nulas de pleno derecho las adjudicaciones de contratos efectuadas en favor de personas incurso en la mencionada prohibición; ante tan categóricas declaraciones legales carecen de efectos todas las alegaciones relativas a la inexistencia de prohibiciones, ya que éstas realmente existen y con consecuencias absolutas y de suma radicalidad, *no siendo admisible la alegación relacionada con el pliego de condiciones, por cuanto, con independencia de que tales condicionamientos de la licitación no pueden incurrir válidamente en tal ilegalidad, lo cierto es que el pliego de condiciones no dice lo manifestado por la representación procesal de la corporación recurrente, pues leído él con detenimiento resulta que, entre la documentación a aportar se halla el carnet de Empresa o el alta de Autónomos o, en su caso, el compromiso formal de reunir estos requisitos antes de la formalización del contrato; y que ello es así y no constituye una condición o cláusula opcional, se infiere de que con anterioridad, el pliego de condiciones exige una declaración jurada del licitador de no hallarse comprendido en ninguno de los casos que señalan los artículos 4.º y 5.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, declaración que el señor B. R. no pudo firmar sin faltar manifiestamente a la verdad, pues es obvio que tal declaración jurada, al haber de insertarse en la plica, tiene que hallarse referida al momento de su presentación y lo cierto es que en ese momento el citado señor era concejal del Ayuntamiento recurrente.*

Que dados los términos de la prohibición legal y las consecuencias absolutas y radicales que de ellos se siguen, según ha quedado puesto de manifiesto, era obligación de la mesa en primer término y del Ayuntamiento después, rechazar las plicas del señor B. R., ya que era notoria para ambos organismos la condición de concejal que dicho señor tenía, siendo, por lo tanto, nulas de pleno derecho todas las actuaciones a partir del momento en que se hizo notoria la situación de inconcretibilidad e ineficaces las solicitudes por tal persona actuadas, siendo indiferente que no se produjeron protestas en el trámite del artículo 36 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, pues la falta de ellas no otorga validez a unas actuaciones, las del peticionario y las de los órganos municipales, que son radicalmente nulas e invalidas, pues la prohibición establecida tiene por objeto no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar de modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervinieron en la vida pública municipal; consecuencia de ello es que la nulidad señalada afecta a las dos adjudicaciones y que, al poder ser ellas declaradas en cualquier momento y existir una petición para cada una de ellas, no existe la incongruencia que para la sentencia de instancia señala en sus alegaciones la Corporación recurrente, todo lo cual determina sea procedente desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia, sin que a ello constituya obstáculo la alegada opción del titular de la concejalía, por cuanto el mencionado derecho sólo es actuable en vía electoral o, mejor dicho, tras ella, como claramente resulta de los mismos preceptos que dicta la Corporación recurrente y ya se ha dicho al principio de estas alegaciones que en el momento en que se produce la licitación no es aplicable la mencionada legalidad, sino la de contratos administrativos locales, que exige la previa dimisión del edil, para que su

participación en el trámite contractual sea válida y eficaz.» (Sentencia de 6 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8129.)

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Consultas populares. Derecho de petición.

El derecho de los vecinos a solicitar la celebración de una consulta popular (artículo 18.f de la LBR) obliga al Ayuntamiento a adoptar un acuerdo al respecto, por ser aquél un verdadero derecho subjetivo y no una petición graciable. Se confirma la rectificación de la anterior jurisprudencia al respecto.

«La denominada Comisión Ciudadana pro Metro de Sevilla, a través de su Presidente, dirigió al Ilmo. Sr. Alcalde de Sevilla, en 14 de noviembre de 1985, un escrito solicitando una consulta popular "con el exclusivo objeto de conocer la voluntad popular acerca de la continuación de las obras del Metro de Sevilla". La autoridad municipal, mediante un Decreto del día 20 siguiente, ordenó pasar dicha petición a informe del Ilmo. Secretario General de la Corporación, que lo emitió unos días después, con el resultado que obra en las actuaciones; ante la inactividad de la Administración procedió la solicitante a interponer el presente proceso, al amparo de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona, invocando como vulnerados los derechos de petición y tutela judicial efectiva — artículos 29 y 24 de la Constitución, respectivamente —, declarando este Tribunal la inadecuación del cauce procesal elegido, y disponiendo su transformación en proceso contencioso ordinario, en el que, tras la tramitación de ley, proceda ahora a dictar sentencia. La súplica de la demanda contiene hasta un total de diez pedimentos de diverso orden, pero que claramente exceden de lo que se instó en la vía administrativa, y en ocasiones pretenden declaraciones imposibles de formular por un Tribunal de Justicia. En consecuencia, y para establecer con la necesaria claridad y precisión, cuál es el resultado del proceso, resulta necesario hacer constar que la resolución que se dicta viene constreñida a determinar si procede o no que el Ilmo. Sr. Alcalde de Sevilla inicie los trámites necesarios para someter en su día, si a ello hubiere lugar, al pueblo de Sevilla, la conveniencia o inoportunidad de continuar las obras del Metro de esta capital.

La Constitución Española, en su artículo 92.1, dispuso que las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos, señalando el número 3 del propio precepto, que una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución. En desarrollo del mandato transcrito, se produjo la Ley Orgánica 2 de 1980, de 18 de enero reguladora de las distintas modalidades de referéndum, que en su artículo 2.º.1 expone que la autorización para la convocatoria de consultas populares, por vía de referéndum, en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado, mientras que en su disposición adicional manifestaba que las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a 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 com-

petencia exclusiva del Estado para su autorización. El Estatuto de Autonomía para Andalucía, en el artículo 15.2, dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares en el ámbito de Andalucía, de conformidad con lo que dispongan las leyes a que se refiere el apartado 3 del artículo 92, y el número 1 y 32 del artículo 149.1 de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria. La Comunidad Autónoma, hasta la fecha, no ha producido ese desarrollo legislativo, que debe constituir el marco adecuado para el desenvolvimiento de las consultas populares que puedan plantearse. Al publicarse la Ley 7 de 1985, reguladora de las bases de régimen local, se establece en su artículo 18 lo que ha dado en llamarse el estatuto del vecino, y así, en el número 1 de este precepto, se dice que son derechos y deberes de los vecinos: *f)* pedir consulta popular en los términos previstos en la Ley; el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, Decreto de 28 de noviembre de 1986, encabeza su Título VII con la rúbrica del "estatuto del vecino", y en el capítulo primero, que consta de un solo artículo, el 226, sostiene que son derechos y deberes de los vecinos, los reconocidos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, y los establecidos en las Leyes. La propia Ley Básica, en el capítulo IV, que titula de la información y participación ciudadana, se refiere a esta cuestión en el artículo 71, y afirma que 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, podrá 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.

De entre las varias cuestiones que el proceso suscita, hay que comenzar por resolver cuál sea la naturaleza jurídica de la declaración que contiene el apartado *f)* del artículo 18 de la Ley de 2 de abril de 1985; del contenido del precepto, que cataloga lo que denomina derechos y deberes de los vecinos, hay que extraer la consecuencia obligada de que los derechos que configura, y entre ellos el del apartado *f)*, tienen la categoría de derecho público subjetivo exigible por tanto, si fuere desconocido, en vía contencioso-administrativa. De otro lado, resulta claro que no se trata del ejercicio del derecho petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, y que al no haber sido desarrollado hasta ahora, debe regirse en su ejercicio y en lo pertinente por la Ley 92 de 1960, de 22 de diciembre, que como ha declarado el Tribunal Supremo, se integra en el sistema de valores y principios constitucionales, mediante la adecuada interpretación aplicativa que permita su operatividad y la promoción de sus efectos. La Sentencia del Alto Tribunal, de 10 de abril de 1987, ha sentado la obligación de la autoridad u órgano competente, que recibe una petición de dictar una resolución decisoria que estime o deniegue la pretensión formulada, porque en otro caso, el derecho de petición quedaría reducido, en sus resultados prácticos, a una mera proclamación programática de puro valor retórico, eximiendo a los poderes públicos, de los estrictos deberes que impone a estos efectos el artículo 53.1 de la Carta Constitucional, que tampoco pueden ser frenados o reducidos por criterios excesivamente formalistas, derivados hacia la exigencia de complicadas normas rituales, entorpecedoras de las aspiraciones encaminadas al logro de una Administración idónea, rápida y eficaz. Esta doctrina rectifica la mantenida hasta ese momento por el Tribunal Supremo, y en parte sostenida por el Auto de esta Sala, de 26 de junio de 1986. Y decimos que no se trata en este caso, del ejercicio del derecho de petición, porque no estamos en presencia de una de las denominadas peticiones simples, o solicitudes de peticiones discrecionales y gratificables de la Administración, a las que se refiere la vigente en parte Ley de 22 de diciembre de 1960, sino del ejercicio de una petición o pretensión fundada en

derecho ante la Administración, y que en este supuesto supone la petición de reconocimiento de un derecho público subjetivo, que constituye y engendra una verdadera y auténtica proclamación.

Para corroborar lo anterior, basta también con examinar el propio precepto de la Ley Básica, que en su apartado *e)* se refiere al derecho a ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal, en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución. En ese inciso se contiene propiamente el derecho de petición cuando habla de dirigir solicitudes a la Administración municipal, en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de modo que ostentar la condición de vecino equivale o supone tanto como poseer la titularidad de un interés directo en cualquier asunto municipal que afecte a los intereses generales, ya que las peticiones o solicitudes pueden dirigirse en relación con todos los expedientes y documentación municipal.

Establecido cuanto antecede, se hace ahora necesario examinar si la autoridad municipal, que recibe esa petición formulada por un vecino, puede desconocerla sin más como ha sucedido en el presente supuesto. Tal y como viene configurado ese derecho en la Ley, la respuesta debe ser forzosamente negativa; ya anticipamos que se trata del ejercicio de un derecho público subjetivo, y de la formulación de una auténtica reclamación que en consecuencia debe ser objeto de una contestación. De recibirse la petición, como sucedió en este caso, deberá acordarse por el Alcalde, bien continuar la tramitación, conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Ley Básica, bien denegarla o rechazarla mediante resolución debidamente motivada, y como ha sucedido en este supuesto, la denegación, aun a través de la fórmula del silencio administrativo negativo, puede ser objeto de la necesaria revisión jurisdiccional, dentro del amplio marco que constituye el artículo 106.1 de la Constitución, y que la jurisprudencia interpreta en el sentido de mostrarse absolutamente contraria al mantenimiento de actos o zonas inmunes al control jurisdiccional.

Por la sentencia apelada se dilucidaron acertadamente las cuestiones planteadas declarando la procedencia de la pretensión articulada, con rechazo de las demás, en el escrito de la demanda acerca de la obligada tramitación de la petición dirigida al señor Alcalde del Ayuntamiento de Sevilla para la celebración de un pleno en el que se someta a votación la conveniencia de una consulta popular sobre la continuación de las obras de construcción del Metro de Sevilla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18-I-f) de la Ley de Bases de Régimen Local y 71 del mismo Cuerpo Legal, por los que el primero atribuye a los vecinos el derecho de pedir la consulta popular en los términos previstos en las leyes y el segundo: "De conformidad con la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas 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"; determinándose en el fallo de la sentencia la obligada tramitación de la petición formulada que se contrae a la celebración del Pleno y votación sobre la procedencia de celebrar la consulta elevando, de estimarse conveniente, al Gobierno de la Nación la petición de la autorización solicitada, que no prejuzga el juicio resultante de dicha votación ni la normativa aplicable en la realización del "referéndum" consultivo, o la forma de poder integrar el vacío legal en relación con el ejercicio del derecho establecido en el artículo 18-I-f) de la citada Ley Básica de 2-4-85, que no puede ignorarse; y correspondiendo, de mediar un acuerdo

positivo del Pleno Municipal y autorización del Gobierno de la Nación determinar si existe la normativa pertinente para la verificación de la consulta popular; por todo lo cual procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, y confirmar en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, al no aducir la Administración apelante elementos de juicio distintos de los ya contemplados y resueltos en la decisión jurisdiccional del Tribunal de Instancia.» (*Sentencia de 14 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8304.*)

B) *Suspensión de acuerdos.*

1. *Se confirma la doctrina acerca de la prevalencia de los mecanismos impugnatorios de los acuerdos locales previstos en los artículos 65 y 66 LBRL frente a la normativa sectorial que autorizaba la suspensión de los mismos por parte de las Comunidades Autónomas. Habiéndose iniciado el procedimiento del artículo 118 LJ éste no es reconvertible en el contencioso ordinario.*

«La Generalitat de Cataluña impugna el Auto de la sala 1.ª de este orden jurisdiccional de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona de 6 de octubre del pasado año que desestimó el recurso de súplica que había formulado contra la Providencia de 5 de mayo de 1988 que le denegó *ad limine* la admisión a trámite del procedimiento especial del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional que dicha Generalitat había promovido para obtener la ratificación judicial del Decreto de su Conseller de Política Territorial i Obres Públiques de 17 de marzo de 1988 que suspendió los efectos del Acuerdo de aprobación definitiva del Estudio de Detalle de las Calles Montseny, Matagalls y Passeig Peatonal en la Urbanización Mas d'en Serra del Municipio de Sant Pere de Ribes.

Entrando ya en su fondo, la conclusión no puede ser sino desestimatoria de la misma, por haber de seguirse la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1988 (RT Const. 213) (BOE de 12 de diciembre del mismo año) y de este Tribunal Supremo contenida en el Auto de 17 de diciembre de 1988 y en las Sentencias de 25 y 27 de enero de 1989 entre otras, según la cual *las Comunidades Autónomas no pueden suspender los actos o acuerdos de las Coporaciones Locales, y se han de atener para impugnarlos a lo que disponen los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985. No cabe, pues, acceder a la pretensión de revocación del auto apelado formulado por la representación de la Generalitat Catalana; no siendo tampoco posible que este Tribunal ordene a la Sala a quo que tramite como procedimiento ordinario el especial no admitido, porque la diferente naturaleza jurídica de ambos procesos y sus distintos presupuestos hacen inviable esta solicitud; sin perjuicio de que la Generalitat Catalana, si a ello ha lugar, pueda entablar el procedimiento ordinario de impugnación del acuerdo referido, según las indicadas normas.*» (*Auto de 31 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7589.*)

2. *No siendo admisible ya la suspensión de un acuerdo municipal por la Comunidad Autónoma, el traslado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del acto suspensivo puede surtir los efectos propios de la impugnación ordinaria del acuerdo, iniciándose el proceso consiguiente. Doctrina contraria a la sustentada en el Auto de 31 de octubre de 1989, reproducido anteriormente.*

«El principio de la autonomía municipal consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución y más concretamente el nivel de autonomía trazado por la normativa básica de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7-1985, de 2 de abril, implican la exclusión de toda potestad gubernativa de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales, salvo la que deriva del artículo 67 de dicha Ley. En consecuencia el Tribunal Constitucional en la Sentencia 213-1988, de 1 de noviembre (RT Const. 213), ha declarado la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 9.º.1.e) de la Ley catalana 3-1984, así como también la de su apartado f): la suspensión es hoy una potestad exclusivamente jurisdiccional.

En el supuesto litigioso y con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, la Generalitat suspendió los efectos del Estudio de Detalle discutido con invocación de los mencionados preceptos de la Ley catalana 3-1984.

Así las cosas será de recordar que el acuerdo administrativo de suspensión tiene un doble aspecto: por un lado, en el terreno jurídico-material, erige un obstáculo que elimina al menos temporalmente la ejecutividad del acto administrativo al que se refiere y por otra, en el terreno procesal, con el traslado al órgano jurisdiccional da vida a un proceso cuyo objeto es la pretensión de anulación del acto suspendido.

Con este doble punto de partida, es de indicar:

A) *El acuerdo de la Generalitat aquí examinado, en cuanto causa de la suspensión de los efectos del Estudio de Detalle, ha de quedar sin efecto: sólo los Tribunales y no la Administración pueden suspender un acuerdo de las Corporaciones Locales.*

B) *Pero al propio tiempo el traslado del acuerdo de suspensión a la Sala de lo Contencioso-administrativo, en cuanto que integra una pretensión de anulación del Estudio de Detalle, puede ser objeto de una conversión, pues da base bastante para la iniciación de un proceso en los términos previstos en los artículos 65 y siguientes de la ya citada Ley 7-1985: si el cauce dibujado por estos preceptos sustituye e impide ya el juego clásico de la suspensión, ha de entenderse que ésta, decretada bajo la vigencia de la Ley catalana 3-1984, ha de surtir, una vez declarada la nulidad de los preceptos pertinentes de dicha Ley, los efectos que en el terreno procesal se ligaban a aquélla, en cuanto acto de parte que provoca la iniciación del proceso —en esta línea, Auto de esta Sala de 3 de julio de 1989—» (Auto de 24 de noviembre de 1989, sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8321.)*

C) *Subrogación de competencias.*

Habida cuenta del carácter de competencia municipal natural que tiene el urbanismo, así como la Autonomía consagrada por la Constitución, la Subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en las competencias municipales es rigurosamente excepcional, siendo lo normal utilizar los recursos ordinarios procedentes contra la actividad o silencio municipales.

«Se ha impugnado en estos autos el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Huelva de 15 de junio de 1984, denegatorio de la subrogación

instada por el hoy apelante respecto del conocimiento de determinadas infracciones urbanísticas.

Con este punto de partida, para un correcto planteamiento de las cuestiones litigiosas, será de indicar:

A) En el trámite de información pública previsto en el artículo 30.2.a) del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961, el ahora apelante formuló alegaciones el 10 de diciembre de 1983 solicitando la suspensión de las obras litigiosas con invocación de lo dispuesto en el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

B) Como no obtuviere respuesta, acudió ante la Comisión Provincial de Urbanismo instando su subrogación en cuanto a la adopción de las medidas infructuosamente solicitadas del Ayuntamiento de dicha capital.

Así las cosas y con carácter general será de subrayar el carácter rigurosamente restrictivo con que debe ser interpretada la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en el ejercicio de las competencias municipales —artículos 5.º.4 del texto Refundido y 2.º.3 del Decreto 194/1983, de 21 de septiembre.

Así deriva del principio de la competencia que exige que ésta se actúe por el órgano que la tiene atribuida como propia —artículo 4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo—, del carácter de competencia municipal natural que en principio ha de atribuirse al urbanismo —artículo 214 del Texto Refundido— y en último lugar y sobre todo de la autonomía municipal consagrada en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

Más concretamente y en cuanto que el escrito inicial del ahora apelante se formulaba en el trámite de información pública del artículo 30.2.a) del Reglamento de Actividades, está claro que para el caso de no ser tenido en cuenta, la reacción viable en nuestro ordenamiento jurídico habría de ser la impugnación de la licencia de apertura otorgada con desconocimiento de aquellas alegaciones.

Pero, en lo fundamental, lo que se pretendía con aquel escrito era la actuación de la potestad de suspensión de obras atribuida a la Administración por el artículo 184 del Texto Refundido.

Ciertamente y dado que en el ámbito urbanístico la acción es pública —artículo 235 del Texto Refundido— los administrados pueden instar la adopción de las medidas del citado artículo 184 cuando estiman que se está construyendo sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de aquella y, en consecuencia, están también legitimados, caso de que no se decida la suspensión, para formular el correspondiente recurso contra la denegación expresa o presunta de su solicitud.

Pero la vía es ésta, es decir, la formulación del recurso y no la excepcional de la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo.» (Sentencia de 13 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8184.)

V. COLEGIOS PROFESIONALES

Valor de las circulares informativas de los Colegios Profesionales sobre la interpretación de la normativa profesional: no son actos administrativos.

Vid. XII. JURISDICCIÓN. A) Actos impugnables. (Sala Contencioso-Administrativa, 31 octubre 1989.)

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES

Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Análisis del contenido de este derecho en relación al reparto o distribución de asuntos entre las diversas Salas del Tribunal Supremo.

«En cuanto al fondo del asunto, no obstante haberse seguido hasta la contestación a la demanda, el procedimiento ordinario reglado en la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, acordado por Providencia de 21 de noviembre de 1988, consentida por las partes, continuar la tramitación, como así se hizo, conforme a la normativa establecida en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, al amparo de la cual se había interpuesto el recurso y se había solicitado su sustanciación, el mismo debe quedar circunscrito exclusivamente a la determinación de si afectan o no los actos administrativos impugnados al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 que la actora estima se le ha conculcado con la disposición transitoria primera del acuerdo de la Sala de Gobierno de este Tribunal al, en virtud de ella, haberse trasladado de la Sala Tercera a la Quinta del mismo el recurso que había interpuesto contra el Real Decreto 2049/86, de 21 de noviembre, pendiente de deliberación y fallo. La impugnación que de la aludida disposición transitoria se hace por razones distintas y que se amparan en la violación de los artículos 15.1 y 15.2 de la citada Ley Jurisdiccional, 152.1.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.º de julio de 1985 y 117.3 de la propia Constitución queda totalmente fuera del ámbito del proceso elegido por la recurrente y seguido por este Tribunal. El mismo, según se desprende de los artículos 1.º y 6.º de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, la disposición transitoria 2.ª.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y el artículo 53.2 de la Constitución Española, tal como han sido interpretados por las Salas Tercera y Quinta de este Tribunal y por el Pleno del mismo, se encuentra limitado en lo formal o adjetivo a que el acto o disposición administrativos sean precisamente impugnados por afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas contemplados en los artículos 14, 15 a 29 y, en lo que a la objeción de conciencia exclusivamente respecta, 30 de la Constitución, o por referirse a sanciones en materia de orden público, y en lo material o sustantivo a que realmente hayan afectado a tales derechos y libertades o se haya hecho uso indebido de dichas sanciones, quedando fuera de su ámbito en cuanto a aquéllos toda cuestión de legalidad ordinaria, que no podrá involucrarse en él salvo que implique a la vez violación de los derechos a proteger por medio del mismo, ya que por su naturaleza supone un control judicial más reducido que el general de la legalidad de los actos o disposiciones de la Administración, concretado al de su constitucionalidad en relación con los derechos a salvaguardar a su amparo.

Fuera de toda duda que se haya producido una violación del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley al adoptar su acuerdo la Sala de Gobierno de este Tribunal rebasado el plazo de dos años señalado en el artículo 15.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y al publicarlo el Consejo General del Poder Judicial en el *Boletín Oficial del Estado* después de la apertura de los Tribunales, en contra de lo dispuesto en dicho artículo, así como al escindir en virtud de lo reglado en la disposición transitoria impugnada en dos fases el proceso, una, hasta su pendencia de deliberación y fallo, y otra, desde entonces en adelante, realidad de la que la propia actora es consciente, al traducir los dos primeros

extremos en una cuestión de exclusiva legalidad ordinaria y enlazar el tercero únicamente con el artículo 117.3 de la Constitución, y ello por entender que se ha infringido la reserva de ley establecida en este artículo para las normas procesales por envolver lo mismo una norma de esta naturaleza, procede sólo examinar si por una indebida aplicación de los artículos 15.1 de dicha Ley Jurisdiccional o 152.1.1.º de la Orgánica del Poder Judicial de 1.º de julio de 1985, se ha producido la violación del expresado derecho fundamental. Al respecto hemos de hacer estas dos precisiones: en primer lugar, que el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1987 (RT Const. 148), supone que el órgano jurisdiccional llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita llamarle órgano especial o excepcional, significando también la predeterminación, según Sentencias del propio Tribunal de 8 de noviembre de 1984 (RT Const. 101) y 26 de mayo de 1988 (RT Const. 95), la existencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juez o Tribunal llamado a conocer del caso, al ser la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces *ad hoc*; en segundo término, que hasta la reciente plena entrada en vigor de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a su disposición transitoria 34.ª, y con ella la reducción a una de las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo existentes en este Tribunal Supremo, según con toda facilidad se desprende de los artículos 13 y 14 de la aludida Ley Jurisdiccional, la competencia de las tres Salas era la misma, distribuyéndose los asuntos entre ellas, hasta la modificación del artículo 15 de dicha Ley por la 10/1973, de 17 de marzo, por Orden del Ministerio de Justicia, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal, teniendo en cuenta la materia a que se refiriesen los actos, a excepción de los recursos de revisión de sentencias de las Audiencias Territoriales, asignados a la primera de las Salas en todo caso, y tras esa modificación, sin excepción alguna, por la propia Sala de Gobierno, en atención a la naturaleza y homogeneidad de la materia a que se refiriesen los recursos, acomodándose así la Ley Jurisdiccional a la Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, en el artículo 616 de la cual se hacía propio de las Salas de Gobierno el repartimiento de negocios entre las Salas del Tribunal a que correspondiesen, considerándolo como asunto de gobierno interior y no de competencia, y transformándose lo que hasta entonces hubieran podido reputarse competencias exclusivas de cada Sala distribuidas legalmente, aunque fuese por vía reglamentaria delegada, en un asunto exclusivo de gobierno y no de competencia, de suerte que cabía afirmar que cualquiera de las Salas era juez ordinario predeterminado por la Ley para el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos atribuidos a la competencia del Tribunal Supremo, sin perjuicio del natural reparto o distribución de ellos entre las mismas, de cuya naturaleza no competencial y sí administrativa o de gobierno interno, evidentemente, no podía desposeerle por su adjetividad el que el reparto no se hiciese numéricamente, para que todas conociesen de igual número de asuntos, sino por materias, para que sin olvido de la igualdad de carga de trabajo se produjese una conveniente especialización, criterio hoy aplicable a los Juzgados en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y no excluido respecto de las distintas Secciones de una sala por el artículo 152.1.1.º de la misma.

No cuestiona la parte actora, aunque abrigue serias dudas al respecto, del pleno ajuste a la Constitución del artículo 15.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —su alusión al artículo 152.1.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial no ha pasado de eso—, y la prueba es que

sólo haya impugnado la disposición transitoria primera del Acuerdo de 12 de diciembre de 1986, cuando era en sus reglas en las que se efectuaba la distribución de asuntos entre las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo, centrando su impugnación en que dicha transitoria rebasó el ámbito de tal artículo y dejó de ser un acuerdo sobre reparto de asuntos para provocar un fenómeno contrario al contenido esencial del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, al desposeer a una Sala del conocimiento de los asuntos de que ya conocía en virtud de acuerdos competenciales por una decisión tomada por un órgano gubernativo. Ciertamente el Acuerdo de 12 de diciembre de 1986, además de atribuir a la Sala Quinta el conocimiento de los recursos referentes a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, atribuidos antes a la Tercera por otro Acuerdo de 18 de junio de 1982, dispuso en la tan citada disposición transitoria que los asuntos en tramitación cuyo conocimiento se atribuía a la misma se le entregasen a ella una vez que estuviesen pendientes de deliberación y fallo, más no por esta circunstancia cabe afirmar que la sala de Gobierno al adoptarlo haya rebasado sus facultades y privado a la actora de que su caso fuese enjuiciado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Por una parte, efectivamente, dicho artículo, y también ahora los 152.1.1.º y 160.9 de la Ley Orgánica de 1.º de julio de 1985 en cuanto al reparto de asuntos entre las distintas Secciones de una Sala, caso de haberlas, estaba redactado con una evidente vocación de regulación de futuro, propia de todo mandato de reglamentación, pero una interpretación finalista del mismo permite afirmar la posibilidad de que en una regulación para en adelante de la distribución o reparto de asuntos hecha a su amparo se estableciese una redistribución de los negocios ya repartidos conforme a una normativa anterior que se sustituía, a fin de corregir las desigualdades que con su aplicación se hubiesen producido, sin que por ello se contrariase su esencia desde una perspectiva de exclusiva legalidad ordinaria. Por otra, con la redistribución de asuntos en trámite dispuesta, no se produjo la privación de la competencia para atribuírsela a otro, sino que, con carácter general, determinados asuntos sobre una misma materia pasaron del conocimiento de un órgano competente a otro con la misma competencia que el anterior para una mejor distribución de ellos entre los mismos, corrigiendo los desfases que se habían producido en aplicación de una normativa precedente, no ocasionándole por tanto una alteración del órgano judicial con la jurisdicción y la competencia previa y legalmente determinada llamado ya a conocer, que eran las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo y a cuyo conocimiento por ellas de sus asuntos se limitaba el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley de los litigantes que los hubieran de someter al Tribunal Supremo, sin que se extendiese a que lo fuese por una determinada Sala, al igual, y al particular se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Auto de fecha 23 de julio de 1986, que no se extiende a que lo sea por un determinado Juzgado, por ser todos igualmente competentes, en el supuesto de existir varios en un Partido Judicial, y no causándose tampoco una inconstitucional alteración de la composición del órgano judicial previamente determinado, supuesto que aunque como expresan las Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de junio y 28 de septiembre de 1987 (R. T. Cons. 98 y 148) la norma constitucional no se extiende a garantizar un Juez concreto, ni el derecho al juez predeterminado presupone que un asunto complete su sustanciación hasta dictar sentencia por un determinado órgano jurisdiccional, dicho derecho exige también, según sus Sentencias de 31 de mayo de 1983 (R. T. Const. 47) y 16 de diciembre de 1987 (R. T. Const. 199), que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para designar a los miembros que hayan de constituir el órgano correspondiente, ya que la composición de todas las Salas de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal estaba legal y previamente determinada en abstracto y, en con-

creto, especificada por los mecanismos normales de provisión de cargos, y si como hemos dicho todas eran igualmente competentes, previamente estaban determinados los Magistrados que conforme a la composición de las Salas y a los turnos de ponencias les correspondía juzgar. Sin que, por último, frente a todo lo expuesto quepa válidamente objetar con las declaraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de noviembre de 1984 y, concretamente, con la de que "una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las leyes, el juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos", en que la recurrente pone especial énfasis, puesto que el supuesto en ella contemplado, aunque no quiera asemejarsele, no se identifica, ni por tanto puede trasladarse a él la conclusión sentada, con el presente: allí un Juez existente y determinado en virtud de criterios competenciales legales y otro "especial" que se creaba atribuyéndole la competencia del anterior, y aquí dos Salas existentes con idéntica competencia cada una de las mismas y repartida entre ellas conforme a normas de distribución de asuntos, una de las cuales sucedía a la otra, y en aquel caso un Juez cuya competencia derivaba directamente de la Ley y un Juez al que se le atribuía esa competencia, al tiempo que se le investía de jurisdicción, por una decisión gubernativa, mientras que en el presente dos Salas igualmente competentes por disposición legal, el conocimiento de determinados asuntos distribuidos a una por un acuerdo de gobierno, se pasó al de otra por una decisión también de gobierno y emanada del mismo órgano que había adoptado la anterior.» (*Sentencia de 6 de abril de 1969, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 9633.*)

VII. EXTRANJEROS

Permiso de trabajo. Se confirma la doctrina que tiende a reducir el margen de discrecionalidad en la concesión o denegación de permisos de trabajo, habida cuenta del reconocimiento constitucional e internacional del derecho al trabajo.

«Para centrar debidamente el asunto, ha de dejarse sentado, siguiendo la doctrina jurisprudencial al respecto —Sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1981 y 30 de septiembre, 6 y 14 de octubre y 16 de noviembre de 1982, entre otras—, que *la Administración aquí competente* (M.º del Interior y M.º de Trabajo y Seguridad Social y sus respectivos órganos desconcentrados), para conceder o denegar la licencia ampliatoria de la esfera de actuación individual, en favor de súbditos extranjeros en España, mediante el mecanismo de autorización de residencia y permisos de trabajo por cuenta propia o ajena —regulados en los Decretos 1870/1968, de 27 de julio, y 1874/1978, de 2 de junio, derogado este último por el 1031/1980, de 3 de mayo (citado), que es el actualmente vigente—, *no goza*, en su facultad decisoria, de una discrecionalidad absoluta o total, como parece apuntar la Abogacía del Estado, pues para dictar sus acuerdos en esta materia (acuerdos en los que, según el régimen normativo citado, junto a elementos puramente discrecionales, existen otros plenamente reglados, como son el procedimiento a seguir, los informes preceptivos a solicitar y obtener de los Organismos que en cada caso se señalan, y los demás datos a valorar según que el permiso de trabajo sea para una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena) ha de apreciar y considerar, con adecuada ponderación y supuesto por supuesto, los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma, reflejando, consecuentemente, en la resolu-

ción, mediante una motivación suficiente y congruente (art. 43.1.a) de la LPA—, las causas que determinen, circunstancialmente, la concesión o no (sobre todo en el caso de denegación) de la licencia cuyo otorgamiento inicial o revocación se cuestiona, porque sólo así, al estar ante la presencia de una potestad policial o de intervención de un derecho fundamental de la persona amparado por la Constitución española de 1978 y por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, y por la Declaración de Derechos Humanos de 1948, como es el derecho al trabajo, resulta posible, *ex post facto*, constatar y controlar, en vía de recurso administrativo o en vía de recurso contencioso-administrativo, mediante la técnica de los hechos determinantes y de los conceptos jurídicos indeterminados, sin la medida adoptada y el acto acordado se atemperan al ordenamiento aplicable y se inspiran en los límites y fines que objetivamente los justifican.

Que la resolución recurrida de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social desestima la petición del interesado que pretende trabajar en calidad de Restaurante 2 Tenedores con base en no ser conveniente a la economía nacional y considerar que su establecimiento escasamente puede crear puestos de trabajo y mejorar los servicios del artículo 10 del Decreto 1870/68, de 27 de julio, máxime teniendo en cuenta que los razonamientos aducidos para denegar la petición de trabajo en calidad de "Restaurante 2 Tenedores", e informes emitidos por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y de la Dirección Territorial de Economía y Comercio de Madrid, sino de una gran parquedad en la motivación sin matizar los requisitos que originan la denegación de la petición de trabajo que en este caso, para ejercer la actividad de restaurante de dos tenedores en la especialidad de cocina china y razón social "Ciudad Félix", sito en Alcobendas, calle Libertad, n.º 23, alegando, a mayor abundamiento alega el interesado que su permiso de trabajo para tal actividad y restaurante que pretende instalar, concedido que fuese su permiso de trabajo contrataría de inmediato dos o tres empleados españoles; extremos todos ellos que obligan a estimar el recurso interpuesto.

No son de estimar razones determinantes de una expresa condena en costas.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan sustancialmente los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

La sentencia dictada en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, en la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor contra la Resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de 24 de octubre de 1985, confirmada en reposición por la misma Dirección Provincial en 11 de marzo de 1986, por medio de la cual acordó denegar permiso de trabajo para instalar un "Restaurante 2 Tenedores", con base a no ser conveniente a la economía nacional y considerar que su establecimiento no puede crear puestos de trabajo y mejorar los servicios del sector debido a su grado de saturación, la que anula por ser contraria a Derecho, declarando el derecho del recurrente a que le sea concedido el permiso solicitado, es objeto del presente recurso de apelación interpuesto por la representación legal de la Administración, alegando que ésta al dictar la resolución impugnada no ha procedido de forma discrecional, sino que ha tenido en cuenta los informes emitidos por la Cámara de Comercio de Madrid y por la Dirección Territorial de Economía y Comercio, que han coincidido en aconsejar la denegación del permiso solicitado por el actor.

Es cierto que la resolución impugnada se basa en los informes que se indi-

can, emitidos en el sentido, el de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de esta capital, de que no se considera conveniente para la economía nacional conceder el solicitado permiso de trabajo y el de la Dirección Territorial de Economía y Comercio "que el establecimiento que se proyecta escasamente puede contribuir a la creación de puestos de trabajo y a la mejora de servicios dentro del sector, debido a su grado de saturación, pudiendo incluso afectar a un agravamiento del desempleo existente", pero también lo es —aparte de que dichos informes no son vinculantes— que los mismos adolecen de gran vaguedad y no precisan las circunstancias o razones en que se apoyan y les ha servido de fundamento para llegar a las conclusiones que establecen, y como, además, la solicitud del permiso de trabajo es para la instalación de un "Restaurante de 2 Tenedores", con especialidad en "comida china" (Restaurante chino), en la localidad de Alcobendas, localidad que con la contigua de San Sebastián de los Reyes suma una población de 250.000 habitantes, donde no aparece que haya Restaurante alguno de tales características, se ofrece la colocación de inmediato de dos o tres empleados españoles, habiéndose concedido sin reparo alguno la licencia fiscal, la de apertura del local arrendado y la del impuesto de Radicación, se hace preciso llegar a la conclusión de la procedencia —cual lo verifica la sentencia de primera instancia— de la concesión del permiso solicitado, confirmando, en virtud de ello, la resolución apelada desestimando el recurso de apelación interpuesto, máxime cuando el artículo 27 del Código Civil determina que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes españolas y en los Tratados, lo que también se consagra en el artículo 13.1 y 2 de nuestra Ley Fundamental, la Constitución.» (Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8739.)

VIII. CAJAS DE AHORRO

Designación de miembros para Consejo de Administración. Dada la naturaleza de las Cajas de Ahorro, no es necesario reproducir para su composición lo establecido en relación a las Comisiones Informativas Municipales u otros órganos municipales.

«Despejada esta cuestión, y antes de entrar en el análisis del problema de fondo, quizá conviene efectuar una breve consideración en torno al alcance de la finalidad democratizadora que persigue la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Normas Básicas sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorro. Esta Ley, como puede inferirse de su preámbulo y del propio articulado (arts. 2, 13 y 22, entre otros), lo único que pretende es que en tales órganos tengan representación los diversos grupos sociales interesados en el funcionamiento de las Cajas de Ahorro; concretamente, las Corporaciones municipales de su ámbito de acción, los impositores, el personal al servicio de las mismas y la Corporación fundadora, aunque esta enumeración no deba considerarse exhaustiva, como ha declarado el Tribunal Constitucional —Sentencia 49/1988, de 22 de marzo (R. T. Const. 49)—. En esto consiste la aplicación del principio democratizador que inspira a la Ley 31/1985, no en la presencia, entre los representantes de las Corporaciones municipales, de todos y cada uno de los grupos políticos presentes en las mismas, ya que los Ayuntamientos están legalmente llamados a formar parte de los órganos rectores de las Cajas de Ahorro en calidad de entes públicos representantes de los intereses colectivos de los vecinos, presumiblemente destinatarios de la obra social de aquéllas. Por ello, el artículo 3.1, al ocuparse del nombramiento de los Consejeros generales

representantes de las Corporaciones municipales, se limita a establecer, sin condicionamiento alguno, que "serán designados directamente por las propias Corporaciones, de acuerdo con el procedimiento que se determine en las normas que desarrollen la presente Ley", y la disposición final cuarta, uno, reconoce a las Comunidades Autónomas, en el marco de la normativa básica del Estado, de la que forma parte la Ley 31/85 —que la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada ha venido a clarificar—, y en el ámbito de sus competencias, potestad normativa en el desarrollo del procedimiento para elegir y designar a los miembros de la Asamblea General y del Consejo de Administración —apartado a)— y para fijar los criterios que deben inspirar la redacción de los Reglamentos del procedimiento regulador del sistema de designación de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro —apartado e)—. Y aún más, el artículo 12 del Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo, sobre desarrollo parcial de Ley 31/1985, se limita también a decir, en su artículo 12, que "los representantes de las Corporaciones Locales y entidades serán designados directamente por las mismas con arreglo a sus normas internas de funcionamiento".

En resumen, creemos que el principio democratizador acogido por la Ley 31/1985 queda satisfecho con la presencia en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro de los diversos grupos sociales relacionados en su artículo 2.3, y de aquellos otros que las Comunidades Autónomas añadan en ejercicio de las potestades normativas de que estén asistidas. La democratización perseguida por la Ley 31/1985 no comporta que en la designación de los representantes de las Corporaciones municipales deban necesariamente estar presentes todos los grupos políticos que tengan representación en el Consistorio, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al efecto en los correspondientes Reglamentos internos que los Ayuntamientos se den a sí mismos en ejercicio de su autonomía y dentro de los criterios que, en su caso, establezcan las Comunidades Autónomas.

De lo que se acaba de exponer se colige que no participamos de la tesis propugnada por el Tribunal *a quo*, como ya se tuvo ocasión de manifestar en la Sentencia de 8 de julio de 1988, recaída en un recurso en que también se impugnaba el Acuerdo municipal de 31 de julio de 1987, aunque por un grupo político distinto.

No podemos compartir el argumento de que este acto, nuevamente residiado, vulnera el artículo 14 de la Constitución al privar al "Centro Democrático y Social" de representación en el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros Municipal de Burgos, tanto por lo que ha se ha expuesto cuanto porque no puede establecerse analogía alguna entre las Comisiones Informativas Municipales —y los Consejos de Administración de los servicios municipalizados—, de un lado, y los órganos rectores de las Cajas de Ahorro, de otro, si se tiene presente que estas Entidades no forman parte de la Administración municipal. Las Cajas de Ahorro, incluso las fundadas por las Corporaciones Locales, no tienen naturaleza de entes públicos, sino de entes de carácter social, como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984, de 7 de febrero (R. T. Const. 18). Por otro lado, que el mencionado grupo político esté representado en la Asamblea General de la Caja de Ahorros Municipal y que el candidato presentado por el mismo no fuere elegido por el Pleno municipal no entraña discriminación alguna, sino mero resultado de la voluntad mayoritaria, que no se ha alegado se encuentre condicionada por precepto específico alguno relativo a esta materia.» (Sentencia de 7 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 9.ª, Ar. 9023.)

IX. SANCIONES

- A) *Tipicidad. Alcance del principio de tipicidad de infracciones y sanciones. Nulidad de las sanciones impuestas durante la vigencia del derogado artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores.*

«Sobre la base indiscutible de la necesidad de la tipificación de las infracciones administrativas en norma con rango de ley formal, que proclaman las sentencias de este Tribunal antes citadas (en las que en la mayoría de los casos se enjuiciaban tipicidades establecidas en normas reglamentarias sin una previa tipificación en ley), el problema que ahora se suscita es el de analizar si el artículo 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —base normativa de la sanción impuesta a la recurrente, derogado hoy por la Ley 8/88— contenía una tipificación adecuada de conductas, y justificaba por tanto la imposición de una determinada sanción por la Administración laboral, cuestión a la que ya dio respuesta negativa la Sentencia de esta Sala Tercera de 24 de octubre de 1989.

Ante todo, es preciso resaltar que los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero.

La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) y de hacer realidad, junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*.

Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1987: “la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica... y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivarse de una determinada conducta”.

La Sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986, por la que se anuló el RD 2347/85, de desarrollo del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, sienta una doctrina que, aun referida a la crítica de dicho Real Decreto, aludida en la de 24 de octubre antes referida, expresa el sentido genérico de la tipicidad, cuando dice que “en parejo sentido se viene a admitir que la tipificación normativa previa de conductas sancionables ha de realizarse a través de igual mecanismo legal, *sin que sean suficientes amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión*”, y más adelante (FJ 3), al analizar el artículo 1 del Real Decreto (que, como advierte la sentencia, reitera el artículo 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores “con la adición a las normas reglamentarias y a los convenios colectivos, como constitutivos también de infracción...”), afirma que “parece claro que el principio de legalidad no ha sido respetado, tanto por esa adición que invoca el Real Decreto *como por la amplitud y vaguedad de lo que pretende ser una tipificación de hechos calificables como infractores, al utilizarse una fórmula omnicomprendensiva, que no deja fuera del campo sancionador acción u omisión alguna contraria a ley, reglamento o convenio colectivo. Es ocioso destacar el alcance y trascendencia de la tipificación en materia sancionadora, siendo difícil hallar opinión alguna que la excluya del ámbito del principio de legalidad*”.

Es indudable que esa crítica del artículo 1 del Real Decreto, no por su jerarquía formal, sino por la vaguedad de su contenido, es plenamente aplicable al artículo 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, del que es repro-

ducción, y así debe decirse que en él tampoco se expresa en términos adecuados la exigencia de tipicidad de las infracciones, impuesta por el artículo 25.1 de la Constitución.

No se afirma con ello la invalidez constitucional del referido precepto (hoy derogado por la Ley 8/88), para lo que este Tribunal carece de competencia, sino simplemente la insuficiencia normativa del mismo como regulador de un tipo de infracción, lo que es algo diferente; pues es desde la suficiencia, o no, de esa norma, desde la que debe enjuiciarse el concreto ejercicio de la acción sancionadora de la Administración laboral, aquí impugnada. La mera definición abstracta del derogado artículo 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores precisaba de un complemento normativo de rango suficiente, para la configuración de los tipos de las infracciones y sanciones.

El mejor argumento sobre tal necesidad lo ofrece, primero, el intento frustrado del RD 2347/85 y, después, y de modo terminante, la misma Ley 8/88, de 7 de abril, cuya exposición de motivos, después de referirse al Real Decreto declarado nulo, dice: "se plantea, pues, *la necesidad* de promulgar una norma con rango de Ley que desarrolle las infracciones y sanciones administrativas en el orden laboral, *estableciendo en ella los tipos y sanciones* que el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores enuncia a título general".

No puede entenderse que el círculo de la tipicidad se cierra y completa en este caso con las "disposiciones legales", a las que se remite la abstracta definición genérica del derogado artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores.

La misión de esas disposiciones legales no es regular tipos de infracción, sino algo totalmente distinto, como es la regulación sustantiva de relaciones intersubjetivas. No habría dificultad en atribuir ese sentido complementario del tipo a la disposición legal infringida, sobre la base de tipos abiertos, si desde ellos se hiciese una remisión concreta, o al menos no "omnicomprensiva" (en términos de la Sentencia de 10 de noviembre de 1986); pero en la "fórmula omnicomprensiva" que nos ocupa resulta que un solo tipo de infracción abarcaría en su radio de acción todas las disposiciones legales en materia de trabajo, sin graduación alguna, ni de las diferentes jerarquías formales de las disposiciones, ni de su importancia sustantiva en la regulación, haciendo en realidad imprevisible para el ciudadano cuándo su conducta pueda ser considerada infracción y, sobre todo, la entidad de la infracción hipotética; con lo que, evidentemente, tan desorbitado tipo no cumpliría el papel que asigna a la reserva legal en este campo sancionador la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1987, antes transcrita.

Basta examinar la funcionalidad positiva de las tipicidades de la Ley 8/88, alguna de gran amplitud, para deducir, como complemento negativo, el inmenso campo de lo no previamente acotado en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, y concluir en suma la ineficacia tipificadora de dicho precepto.

Pero es que, en todo caso, si vaga e inconcreta es en él la definición de las infracciones, en tanto que hipotético tipo de ellas, en mayor medida es inconcreta la tipificación de las sanciones, ya que no existe ninguna objetiva correlación entre las posibles infracciones y las sanciones a ellas aplicables. El párrafo 3 del artículo 57, de tan reiterada cita, en su estratificación de las multas que puede imponer cada una de las autoridades que señala, lo único que hace es limitar la respectiva competencia sancionadora; esto es, regula un esquema orgánico de distribución de competencias; mas en modo alguno se contiene en el precepto una objetiva regulación del tipo de sanción que puede imponerse a cada tipo de infracción. Desde este punto de vista objetivo, que es el determinante desde la perspectiva de la tipificación, el párrafo 3 del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de que las infracciones laborales se sancionen desde un límite mínimo, que por lo demás no fija, hasta un límite máximo de quince millones de pesetas. El que,

según la cuantía de la multa, deba ser una u otra la autoridad habilitada legalmente para su imposición, no satisface la necesidad constitucional de que el ciudadano pueda estar informado de cuál es la sanción que, en su caso, pueda corresponder objetivamente a su hipotética infracción. Y, por el contrario, se otorga a la Administración laboral un arbitrio desmedido en la elección de la respuesta punitiva, que sin duda no se adecua al rigor de la reserva de ley y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, al que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1987 (R. T. Const. 42), del que dice que, como garantía "de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia de principio de seguridad en dichos ámbitos, limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de *predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*".

Los criterios de graduación del párrafo 2 del artículo 57 no suponen sino pautas genéricas, insuficientes de por sí para objetivar apriorísticamente la correspondencia precisa entre la sanción y la infracción.

La matización que viene resaltando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del principio de tipicidad del derecho sancionador respecto al derecho penal se refiere a la atenuación del rigor de la legalidad, para permitir un mayor grado de posible colaboración del reglamento en la concreción de tipos de infracción y sanción; pero no parece aceptable que en cuanto al rigor de la predeterminación de una y otra, sea el que sea el rango de la norma en que se verifique, puedan hacerse concesiones, para otorgar a la Administración márgenes de arbitrio superiores a los que se le conceden a los órganos judiciales, cuando una y otros ejercen una función punitiva.

El uso de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras es inevitable y constitucionalmente lícito, como ha tenido oportunidad de señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1989 (R. T. Const. 69); pero con el límite de que "su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia [que] ... que permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada...".

La enorme amplitud de márgenes de las sanciones imponibles según el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores hace imprevisible, en términos de mínima certeza, cuál pueda ser la sanción correspondiente a la conducta infractora.

Baste como exponente de esa imposible previsión el dato de que mientras la Administración laboral en este caso calificó la vulneración de las normas sobre horas extraordinarias como falta muy grave en grado máximo (vid. acta de infracción), el RD 2347/85 (anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986) calificaba esa misma infracción como falta grave, en su artículo 2.1.2.d) (calificación que, por cierto, reproduce el artículo 7.3 de la vigente Ley 8/88, de 7 de abril), lo que viene a demostrar que ambas calificaciones, con sus correlativas diferencias punitivas, caben en el marco amplísimo del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, evidenciándose así la nula virtualidad limitadora de dicho texto legal, y su insuficiencia como instrumento de expresión del principio constitucional de legalidad y tipicidad de las sanciones administrativas (art. 25 CE).

Ha de concluirse, por lo expuesto, que el derogado artículo 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores era insuficiente como medio de tipificación de las infracciones y sanciones de los empresarios, y que por tanto la sanción impuesta a la empresa recurrente con base en él no se adecuaba a las exigencias de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución, siendo en suma contraria a derecho y nula, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de

la Ley de Procedimiento Administrativo, debiéndose declarar así, según lo dispuesto en el artículo 84.a) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, imponiéndose el éxito del recurso y revocación de la sentencia apelada, que no lo entendió así, sin que sea preciso, como se anunció al principio, el estudio de las restantes alegaciones de la recurrente.» (*Sentencia de 20 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9640.*)

B) Sujeto responsable.

1. *Responsabilidad de los empleados o del Banco. Sala de Revisión. Se mantiene la doctrina de la imputación de la responsabilidad a los empleados de la Agencia y no del Banco. Voto particular contrario.*

«La concurrencia de los presupuestos procesales que hacen admisible la revisión interpuesta, determina la procedencia de verificar a seguida la aducida contradicción de las sentencias antecedentes y la impugnada en éstos al objeto de indagar si efectivamente se produce en los términos prevenidos en el invocado artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional y si observamos que aquellas decisiones judiciales, unas y otras, acreditan la identidad legalmente definida, tanto subjetiva como objetiva, puesto que en todas ellas intervinieron como partes recurrentes empresas bancarias que habían sido sancionadas por la Autoridad gubernativa en razón de la falta de utilización de las medidas de seguridad, resultando sustancialmente iguales los soportes fácticos, los fundamentos jurídicos, pues se cuestionaba la imputabilidad y subsiguiente responsabilidad de las entidades bancarias y las pretensiones deducidas, habida cuenta que jurisdiccionalmente se impetraba la nulidad de los actos que impusieron las respectivas sanciones, es por lo que resultan evidentes los contradictorios pronunciamientos incorporados en la sentencia recurrida con relación a los contenidos en las sentencias antecedentes.

La contradicción constatada en el párrafo anterior demanda, en consecuencia, la definición de la doctrina jurídica correcta que deba ser aplicada en los específicos supuestos decididos por las sentencias contrastadas, y si al respecto observamos que la especial Sala constituida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha venido a dirimir definitivamente la problemática controvertida en el proceso, a medio de la Sentencia de 17 de octubre de 1989, confirmada en otras posteriores, es por lo que nuestra actual argumentación se enderezará a reproducir la sustancial fundamentación que en aquélla se incorpora, puesto que el criterio que en ella se expresa debe ser aceptado y seguido en la presente resolución, siquiera sea en aras del principio de seguridad jurídica y para alcanzar la uniformidad que debe presidir las resoluciones judiciales en contemplación de supuestos idénticos, máxime cuando se pondera el rango y la articulación del referido órgano en la organización y estructura judicial.

En la aludida Sentencia de 17 de octubre de 1989, literalmente se expresa que *“en el esquema del concepto al que se reconduce toda infracción administrativa, uno de sus principales componentes es el que se conoce con el nombre de culpabilidad, producto de una milenaria evolución histórica y elemento como a veces se invoca; la circunstancia de que la empresa había instalado todos los mecanismos de alarma, detección y protección enumerados en el grupo normativo donde se contienen las medidas de seguridad para estos establecimientos (bancarios), supone el cumplimiento por el Banco de todas y cada una de las obligaciones que le imponen las normas reglamentarias más arriba reseñadas y el hecho de que no fueran utilizados los mecanismos empleados por los empleados de la agencia, que conocían su deber de hacerlo, es imputable direc-*

ta e inmediatamente a ellos y no a la empresa como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito, sea penal o administrativo; es, por tanto, a los autores de tal conducta a quienes ha de achacarse la culpabilidad de lo sucedido e imponerse la sanción, para que además pueda también cumplir ésta su misión profiláctica de prevención especial y servir de ejemplo para ocasiones futuras. En definitiva, la Sala llega a la conclusión de que los hechos constitutivos de infracción no son imputables al Banco, sino a los empleados a quienes estaban confiados los servicios correspondientes, y por ello resulta ostensible la volatilización del único y exclusivo fundamento de los actos administrativos objeto de impugnación, a través de los cuales se ejercitaba la potestad sancionadora de la Administración General del Estado”.

La doctrina que dejamos resumida en la motivación anterior, esclarecedora definitivamente del tema litigioso subyacente, según apuntábamos más arriba, es determinante de que hayamos de reputar correcta la contenida en la sentencia impugnada en revisión, y por ello procede la desestimación del recurso extraordinario que decidimos, habida cuenta su improcedencia, cuyo pronunciamiento debe llevar anejo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que reenvía el 102.2 de la regulación de nuestra Jurisdicción, la condena en costas.»

VOTO PARTICULAR FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Los Magistrados que suscriben entienden que la argumentación jurídica que debe amparar una declaración estimatoria del recurso es la siguiente:

Tal como se resalta en el fundamento primero de la sentencia, el recurso de revisión se ampara en la causa 1.b) del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción, deducido por la Abogacía del Estado contra la Sentencia firme de la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia de Cáceres de 15 de diciembre de 1988, en cuanto estimatoria del recurso contencioso-administrativo número 418/87, y en consecuencia anulatoria de los acuerdos recurridos, y dejar, asimismo, sin efecto la multa de 25.000 pesetas impuesta al B. E. de C. como consecuencia de no estar cerrado desde su interior, en el momento del atraco sufrido por una Sucursal del Banco dicho en Badajoz, el recinto de Caja. Y ser tal conclusión (basada en la irresponsabilidad del Banco ante la falta de negligencia o actuar culposo) contraria a la mantenida por el Tribunal Supremo en esta misma materia al declarar, en síntesis, que los Bancos y Cajas de Ahorro responden, en cuanto titulares de establecimientos bancarios o de crédito, de las anomalías advertidas en la instalación y funcionamiento de las medidas de seguridad establecidas, salvo que probadas circunstancias de peligro para las personas, etc., justifiquen el incumplimiento de aquellas medidas —Sentencias de 11 de febrero de 1985, 29 de junio de 1987, 10 de febrero, 10 de marzo y 7 de abril de 1988, etc.—.

Las partes están, incluso, de acuerdo en que en el caso estudiado concurren los requisitos-presupuesto que tanto la Ley como la Jurisprudencia exigen para la virtualidad de la pretensión rescisoria —igual conclusión se establece en el Fundamento Segundo de la Sentencia de 1 de diciembre de 1989—. Y por ello la contradicción constatada exige un pronunciamiento sobre cuál sea la doctrina que se estima correcta ante la diversidad que surge de las dos corrientes jurisprudenciales enfrentadas.

A tal efecto, nosotros, frente al criterio que mantiene la sentencia, en la línea expuesta por la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de 17 de octubre de 1989, reiteramos los argumentos jurídicos ya contenidos en el voto particular formulado en aquella ocasión por el primer firmante, y que en síntesis puede exponerse así:

La tesis de la responsabilidad por infracción administrativa en que incurre la empresa por incumplimiento de las normas o reglas de uso o funcionamiento de las medidas de seguridad en los establecimientos bancarios o de crédito, es acorde con la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 11 de febrero de 1985, 29 de junio de 1987, 27 de junio de 1988 (de la antigua Sala Cuarta) y en las de la propia Sala Quinta de 10 de febrero, 16 de marzo, 7 de abril, 8 de julio y 20 de julio de 1988, etc., en las que se declara la existencia de supuestos (en el de autos, no estar cerrado desde su interior el recinto de caja en el momento en que se produjo su atraco) en que se da un irregular o anormal funcionamiento del servicio no atribuible a la tensión del momento producida por el atraco... y sí a una negligencia previa, unida a un mal funcionamiento del servicio e imputable a la empresa o Director o Jefe de los servicios de la sucursal, al venir obligados "ex officio" a tomar las previsiones necesarias para asegurar el cumplimiento razonable de las medidas de seguridad establecidas y entre las que se encuentran las referentes a la entrada de fondos, funcionamiento de las cajas y módulos de seguridad en la forma establecida, etc.

Por ello, la línea jurisprudencial contenida en las sentencias citadas ha podido decir que la falta de cumplimiento, ejercicio o uso de las medidas establecidas acarrea la responsabilidad administrativa de la empresa como titular del negocio, sin perjuicio incluso de las acciones que puedan corresponderle frente a sus propios empleados o sobre los delincuentes, ya que, como se ha dicho, nos encontramos aquí con situaciones o supuestos próximos a la denominada responsabilidad cuasi objetiva por razones de prevención de los delitos y medidas de seguridad pública. Esta corriente se aprecia incluso en el ámbito de la jurisdicción civil, al valorar supuestos de responsabilidad en situaciones de riesgo, y en la jurisdicción contencioso-administrativa, al examinar el tema del nexo causal e introducir valoraciones subjetivas en la apreciación de las circunstancias concurrentes, con las consecuencias de racionalizar el resultado mediante reglas o criterios de compensación.

La doctrina mantenida no viola el principio de legalidad, ni se conculca en concreto el de tipicidad, ni tampoco el de la personalidad de la sanción que en el campo en que nos movemos, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad administrativa por la actuación de sus dependientes, sin que puedan excusarse, como regla, en la conducta observada por éstos —argto.: Sentencias de 11 de febrero de 1985, 30 de junio de 1987, 27 de junio de 1988, etc.—.

La doctrina arranca, como se ha visto, desde sentencias dictadas por la vieja Sala Cuarta en 1985, y es aceptable o asumible por la Sala de Revisión en cuanto supone un estudio cabal de la problemática litigiosa, al tener en cuenta y valorar adecuadamente no sólo el carácter y alcance de la norma sancionadora, sino la finalidad específica de las normas dichas, en cuanto aplicables a los establecimientos bancarios o Entidades de Crédito (al cegar las fuentes de financiación del delito es un imperativo del poder público por razón de interés general, etc.), encaminadas a la prevención de atracos y actos delictivos. Indudable es por ello que las medidas de seguridad no sólo deben instalarse, sino usarse de una manera adecuada o razonable. La dirección, inspección y responsabilidad de que tal ocurra corresponde al titular del negocio o empresa, y de ello sólo puede eximirse cuando conste acreditada la situación de peligro o riesgo para los empleados. En otro caso, resultan plenamente aplicables las normas y principios jurídicos relativos a la responsabilidad por culpa "in vigilando", etc., que por su alcance general es plenamente aplicable en esta materia, unido a una indudable omisión por la no prestación de la atención de las cargas inherentes a la diligencia debida (contenido de la culpa) e imputable directamente a la empresa.

En definitiva, la doctrina expuesta, aparte de estimarse acertada, es expresión de una línea jurisprudencial reiterada y contenida en las sentencias citadas, que debe ser mantenida y por ello resulta prosperable el recurso de revi-

sión, en términos análogos a lo dicho por esta propia Sala de Revisión en la Sentencia, entre otras, de 29 de octubre de 1987.

Al declarar haber lugar al recurso de revisión y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1809 de la Ley Procesal Civil, en relación con los artículos 102.2 y 131 de la Ley de la Jurisdicción, y siguiendo un criterio jurisprudencial reiterado, no ha lugar a formular declaración expresa sobre costas, con devolución del depósito en el caso de haberse constituido.» (*Sentencia de 1 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 9239.*)

X. URBANISMO

- A) *Competencia. Carácter rigurosamente excepcional de la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en las competencias municipales.*

Vid. IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL. C) *Subrogación de competencias. (Sentencia de 13 de noviembre de 1989, Ar. 8189.)*

- B) *Licencias. Subrogación. La competencia municipal subsiste en tanto el Ayuntamiento no recibe el requerimiento de la Comisión para la revisión del expediente, tanto por razones de celeridad y eficacia como por exigencias del principio de autonomía municipal.*

«Ha de plantearse ahora la cuestión relativa al momento en que cesa la competencia municipal en los supuestos de denuncia de la mora dirigida a la Comisión Provincial de Urbanismo u órgano que desempeñe hoy sus funciones —art. 9.º, 1, 7.º, a), del Reglamento de Servicios—.

Ciertamente, no deja de apreciarse alguna vacilación en la doctrina jurisprudencial producida al respecto. Pero una nueva reflexión sobre el tema conduce a la conclusión de que *la competencia municipal subsiste en tanto el Ayuntamiento no recibe el requerimiento de la Comisión para la remisión del expediente:*

A) Si así lo fuera, habría un lapso de tiempo —el que media entre la formulación de la denuncia y la recepción del requerimiento— durante el cual no podría resolver el Municipio, que había perdido la competencia, ni tampoco la Comisión, que no dispone de los datos del expediente.

Tal solución iría contra lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece unas "normas de economía, celeridad y eficacia" que deben servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que se planteen. En la misma línea y ya con el rango máximo podría invocarse el artículo 103.1 de la Constitución, que eleva la eficacia a la condición de principio constitucional inspirador de la actuación administrativa.

Es claro que *ese tiempo muerto sin órgano que realmente pueda resolver debe ser reducido al mínimo, lo que se logra fijando el cese de la competencia municipal no en el momento de la denuncia de la mora, que además será ignorado normalmente por el Municipio, sino en el de la recepción del requerimiento para el envío del expediente.*

B) A la misma conclusión podría llegarse invocando el principio de la *autonomía municipal* —art. 140 de la Constitución—, *que exige una interpretación restrictiva para los supuestos en los que un órgano no municipal deviene competente para el otorgamiento de la licencia: armoniza mejor con aquella*

autonomía el mantenimiento de la competencia municipal durante el mayor lapso de tiempo posible.

En definitiva, tanto por razones de celeridad y eficacia de la actuación administrativa como por respeto a la autonomía municipal, ha de entenderse que el Municipio, incluso cuando ha transcurrido el plazo de dos meses previsto en el artículo 9.º, 1, 5.º, del Reglamento de Servicios —art. 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo— y ya se ha denunciado la mora ante la Comisión —artículo 9.º, 1, 7.º, a), del citado Reglamento—, puede resolver válidamente respecto de las solicitudes de licencia hasta el momento en que recibe el requerimiento de la Comisión para la remisión del expediente.

El Acuerdo Municipal aquí impugnado se dictó el 24 de septiembre de 1985, es decir, después de la denuncia de la mora —18 de septiembre de 1985—, pero antes de que se recibiera en el Ayuntamiento el requerimiento de la Comisión —28 de septiembre del mismo año—, de donde deriva que el municipio apelante conservaba la competencia en el momento de la emanación del acto recurrido.» (Sentencia de 30 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9235.)

C) Disciplina.

1. *El procedimiento sancionador en materia urbanística debe sujetarse escrupulosamente a los trámites regulados en los artículos 133 y ss. LPA, no siendo suficientes los nuevos informes del Arquitecto municipal y del Secretario de la Corporación.*

«Para pronunciarse en relación con el problema que se examina, preciso es tener en cuenta que el análisis del expediente administrativo pone de relieve que con relación a la imposición de las multas de que se trata aparece como actuación practicada un informe del Arquitecto al servicio de la Corporación interesada en el que se recoge el estado de las obras ejecutadas sin licencia por la entidad recurrente, y en cuyo informe se indica que es la segunda inspección llevada a cabo para ver el estado de las obras en cuestión. Aparte de dicho informe, y de los acuerdos impugnados, que se adoptan tras el informe del Secretario de la Corporación, ninguna otra actuación aparece practicada en relación con la imposición de las multas litigiosas.

De lo expuesto en el fundamento precedente resulta que en el caso que nos ocupa no se ha seguido el procedimiento regulado en los artículos 133 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que, aparte de que falta la providencia de incoación y el nombramiento de un instructor, no se han llevado a cabo en el supuesto enjuiciado los trámites esenciales de formulación del pliego de cargos y de la propuesta de resolución. Dado lo que se acaba de indicar, y como tampoco aparece de lo actuado que en el supuesto que nos ocupa se hayan llevado a cabo otros trámites que hubiesen cumplido la finalidad de los omitidos, obligado se hace entender que nos encontramos ante un supuesto de nulidad de los previstos en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que en el supuesto en cuestión no se ha practicado ninguno de los trámites previstos legalmente para la imposición de las multas cuestionadas.» (Sentencia de 8 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8175.)

2. *Sanción aplicable. Determinación de la cuantía cuando se establece en proporción al «valor de la obra, instalación o actuación proyectada» (artículo 90.1 R. Disciplina).*

«De lo expuesto deriva que para determinar la sanción procedente en materia urbanística, en lo que ahora importa, será necesario, en primer término, fijar

la "base" para que cada sanción ha previsto el Reglamento de Disciplina Urbanística para después concretar el porcentaje aplicable a aquélla:

A) En el supuesto litigioso, tal base es el "valor de la obra, instalación o actuación proyectada" —art. 90.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística—.

Para la interpretación de este precepto habrá que atender a su finalidad —art. 3.º, 1, del Título Preliminar del Código Civil—, que es justamente la represión de una conducta contraria al ordenamiento jurídico y que resulta ser contraria por no haber obtenido previamente la preceptiva licencia —artículo 178.1 del Texto Refundido—. Y así las cosas será necesario distinguir dos supuestos: a) *aquellos en los que falte totalmente la licencia, en los que la base ha de ser el valor total de la obra, instalación o actuación proyectada, y b) aquellos en los que, existiendo licencia, una parte de la obra, sólo una parte, se separa de lo autorizado por aquélla; en estos casos es claro que lo contrario al ordenamiento jurídico no es toda la obra, instalación o actuación proyectada, sino sólo la parte que se separa del contenido de la licencia.*

En el supuesto que ahora se contempla, aunque no se haya producido "incremento de superficie construida ni alteración en el presupuesto" —folio 2 del expediente—, sí ha existido un fragmento de obra, siquiera sea mínimo, que contravenía la licencia. En esta medida existió infracción, pero la base para cuantificar la multa hubiera debido ser exclusivamente la parte de obra que se apartaba de la licencia: considerar como base el total presupuestado daría lugar a sancionar una actuación perfectamente legal en cuanto se acomodaba a la licencia.

A la misma solución se llegaría con una interpretación sistemática que tuviera en cuenta lo dispuesto en el artículo 53.1.c) del Reglamento de Disciplina o lo previsto en su artículo 85.

Y también la conclusión habría de ser la misma si se atendiera a la invocada Ley madrileña de 10 de febrero de 1984, por otra parte aquí inaplicable *ratione temporis* —folio 1 del expediente—.

B) *La segunda de las fases necesarias para la cuantificación de la sanción es la fijación del porcentaje que dentro de los límites legales —art. 90.1 del Reglamento de Disciplina— y atendiendo a las circunstancias del caso concreto ha de ser aplicado sobre la "base" para concretar el importe de la multa. Esta Sala ha puesto ya de relieve que en esta materia no existe discrecionalidad —así, Sentencias de 23 de enero y 29 de marzo de 1989—: la discrecionalidad implica una libertad para elegir entre soluciones igualmente justas, es decir, jurídicamente indiferentes, y no cabe entender que el porcentaje, y por tanto la cuantía de la sanción, sea jurídicamente indiferente. Es ésta una materia rigurosamente reglada, aunque hayan de operar circunstancias que integran conceptos jurídicos indeterminados.» (Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9111.)*

XI. RECURSO ADMINISTRATIVO

Reposición. Resolución extemporánea tardía. La resolución expresa de un recurso de reposición transcurrido más de un año desde su interposición reabre el plazo para acudir a la vía contencioso-administrativa, sin que pueda declararse nula la resolución extemporánea.

«Del artículo 94.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según su redacción por la Ley 164/63, de 2 de diciembre, y en relación con los números 1 y 2 del mismo artículo 94, resulta que, aunque por el mero transcurso del plazo fijado para resolver el recurso de reposición, éste pueda entenderse

(presuntamente) desestimado en ciertas condiciones, ello en ningún caso excluye el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, que (por tanto) no puede ser inválida, ni nula, ni anulable, sólo por el hecho de haberse dictado después de transcurrido el plazo en principio fijado para resolver, y se haya (o no) entendido que se ha producido (presuntamente) la desestimación del recurso; y en este sentido ha de entenderse rectificadora, por esta sentencia (que tampoco es aislada), la doctrina de otras de este Tribunal (algunas de las cuales cita la parte apelante) en sentido contrario. La primera alegación de dicha parte, pues, ha de ser rechazada.» (*Sentencia de 9 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8896.*)

XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- A) *Actos impugnables. No son actos impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa las circulares informativas emanadas por los colegios profesionales en las que se interpreta la normativa aplicable en materia de atribuciones de los técnicos titulados.*

«Examinando las circulares y hojas informativas impugnadas (junto con el acto u actos que las aprobaron y dispusieron su publicación), se advierte que no se trata ni por el contenido ni por su alcance, del ejercicio de ninguna potestad reglamentaria, ni pueden reputarse como actos administrativos impugnables, porque no constituyen expresión formal o declaración de voluntad de ningún ente, sino que son la mera interpretación (acertada o no) de una disposición legal, concretamente de la Ley 12/86, de 1 de abril, con un alcance simplemente informativo no vinculante, es decir, ni pueden valorarse los actos recurridos como disposición general, ni como acto administrativo decisorio, porque su naturaleza y alcance (limitado a informar e interpretar dicha ley, con destino a los miembros de los respectivos Colegios), en modo alguno permite, ni con un criterio amplio, encuadrarlo en tales categorías jurídicas, debiendo notarse que entender lo contrario supondría admitir que pudieran ser resueltos por los Tribunales temas puramente teóricos acerca de la interpretación que deba darse a las normas legales o reglamentarias, misión ésta ajena a lo que es específico de la función jurisdiccional, sin perjuicio, obviamente, que cuando se suscite un problema concreto pueda y deba el Tribunal decidirlo conforme a derecho, o sea, que si se adoptan decisiones vinculantes (no meros criterios interpretativos), o se aplican efectivamente tales criterios, los interesados puedan impugnarlos, si estiman que dicha decisión o aplicación es contraria al Ordenamiento jurídico, pero no ahora, ni en relación con las cuestionadas circulares u hojas informativas, que carecen de entidad vinculante y normativa para que el Tribunal pueda conocer sobre su bondad, y D) por todo lo expuesto ha de acogerse la causa de inadmisibilidad establecida en el artículo 82.c) de la Ley Jurisdiccional, sin necesidad de examinar los restantes motivos de oposición aducidos por los demandados.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los fundamentos de derecho 1.º, 2.º y 3.º de la sentencia apelada.

Esta Sala acepta y hace suyos los razonamientos de la sentencia de primera instancia que se contienen en los fundamentos 1.º, 2.º y 3.º de la misma que se han transcrito en los antecedentes de hecho. Y en relación con lo argumen-

tado ahora en esta segunda instancia por la Corporación recurrente debe decirse: a) Que es cierto que *hay que atender al contenido y no el nombre para determinar si estamos o no ante un acto o una norma y, consiguientemente, ante un producto jurídico que, si es de derecho administrativo, constituiría materia susceptible de impugnación en vía administrativa.* b) Pero es el caso que aquí estamos en presencia de unas actuaciones corporativas que ni por la forma ni por el contenido pueden tener la consideración de actos jurídicos, esto es, productores de derecho y obligaciones, ni de carácter normativo ni no normativo. Las opiniones vertidas por una Corporación profesional en la forma en que aquí lo han sido podrán ser todo lo respetables que se quieran, pero no pasan de ser sino eso: una mera opinión que se emite "ante las muchas consultas" que, al parecer, se formulan a los respectivos Colegios por los Aparejadores, careciendo de eficacia general vinculante, y no pudiendo lesionar ni lesionando los intereses ni los derechos protegibles de los Arquitectos. Lo cual no quiere decir que si esas opiniones son incorrectas —y aquí no cabe pronunciarse sobre ello— y si los Aparejadores actuando conforme a esas opiniones infringieran la legalidad vigente puedan originarse procesos en los que habría que abordar la adecuación o no a derecho de esas concretas actuaciones. *Que puedan ser inducidos a error los colegiados es una cosa y que la opinión vertida sea combatible ahora es otra.* Y no es que la Sala de primera instancia, ni ésta que ahora se pronuncia, deseen que los pleitos proliferen. *Es que en el caso de autos el Colegio de Arquitectos, y los Arquitectos como tales, carecen de acción para litigar por lo mismo que no hay objeto litigioso.* Lo cual es también cosa distinta de que este colectivo pueda discrepar, e incluso sentirse molesto, porque otros colectivos profesionales cuyas actividades pueden entrar en colisión con la que es propia de los Arquitectos a causa no de la confusión de cometidos, que son distintos, sino de la imprecisión posible de unos textos legales, otros colectivos, decimos, interpreten de una determinada manera esos textos.

Por todo lo cual, la sentencia apelada debe ser confirmada.» (Sentencia de 31 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7602.)

- B) Causas de inadmisibilidad.** *Al tratarse de un vicio de orden público apreciable de oficio, pueden alegarse en el recurso de apelación pese a no haberse alegado en la primera instancia, siendo en el recurso de apelación su examen previo y preferencial.*

«La causa de inadmisibilidad, por extemporaneidad en la formulación del recurso, es aducida por primera vez en el escrito de alegaciones ante esta Sala, sin que en la instancia el representante de la Administración invocara la inadmisibilidad del recurso ahora alegada, y si bien es cierto que con arreglo al artículo 79 de la Ley de la Jurisdicción no es posible plantear en los escritos de conclusiones o en la vista ante la Sala de instancia cuestiones no suscitadas en la demanda y en la contestación, con mayor motivo queda excluida esta posibilidad en el recurso de apelación por tratarse de una cuestión no debatida en primera instancia ni resuelta en la sentencia apelada, ello no es óbice cuando de causas de inadmisibilidad se trata, pues es doctrina jurisprudencial la que enseña "que por ser las causas de inadmisibilidad jurisdiccional presupuestos legales para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, son más que nuevas excepciones sometidas al principio dispositivo informador de nuestro ordenamiento procesal contencioso, y ello determina que su existencia sea constatable en cualquier momento, incluso de oficio y en segunda instancia, dado el carácter de orden público de las normas procesales" —Sentencia de la antigua Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 11

de noviembre de 1985, entre otras—. Por ello, al ser las cuestiones de inadmisibilidad estimables de oficio, el no aducirse la causa de inadmisibilidad alegada en primera instancia carece de consecuencias tal omisión en orden a la viabilidad de la misma cuando se arguyen en segunda instancia, supliendo la posible incoherencia en que se haya podido incurrir la naturaleza de aquéllas, siendo su examen previo y preferencial, toda vez que a la vez que garantizan el orden público procedimental reafirman el principio cardinal de la seguridad jurídica.» (*Sentencia de 26 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 8986.*)

- C) *Coadyuvante, Se reitera la doctrina de que el artículo 95.2 LJ, que impide al coadyuvante apelar la sentencia si no lo hace la parte principal, ha de entenderse derogado por la Constitución, por ser contrario al derecho de tutela judicial efectiva.*

«La representación de don Antonio V. F. y don Carlos C. B., demandantes en primera instancia y apelados en esta segunda, alega la inadmisibilidad del presente recurso de apelación deducido por don Juan Antonio A. G., en base a haberse atribuido éste en aquella fase la consideración de coadyuvante del demandado, que lo fue el Ayuntamiento de Barcelona, quien no ha recurrido a la sentencia dictada por la Sala 1.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, de fecha 2 de junio de 1987, que puso fin al recurso jurisdiccional interpuesto por aquéllos frente al Acuerdo municipal de 6 de junio de 1984 por el que se declaró en estado de ruina la finca sita en la calle Zaragoza, n.º 111, de dicha ciudad. Pretensión que no puede prosperar por cuanto, *cualquiera que sea la denominación que se atribuyan las partes en la relación jurídico-procesal, su determinación en la misma viene impuesta por su conexión con el acto recurrido*, que en el presente caso, al ser el ahora apelante titular de la finca cuyo estado legal de ruina ha sido objeto del proceso, no puede ser otra que la de codemandado de conformidad con el artículo 29.1.b) de la Ley Jurisdiccional, como lo entendió la propia Sala de instancia. Pero es que, además, *aun en el supuesto de que se entendiera que no tenía la condición de coadyuvante, tal situación no impide apelar la sentencia aunque no lo hubiera hecho la parte principal, pues el artículo 95.2 de dicha Ley que lo impide hay que entenderlo derogado* —disposición transitoria tercera de la Constitución— *por estar en abierta contradicción con el artículo 24 de la Constitución— como ha sido declarado en diversas resoluciones por esta Sala— entre otras, en Autos de 15 de marzo y 15 de abril de 1988—, en cuanto tal precepto confiere derecho a la tutela judicial efectiva tanto a los titulares de derechos como de intereses.*» (*Sentencia de 10 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8182.*)

- D) *Recurso de revisión. En virtud del artículo 24 de la Constitución, se flexibiliza el rigor con el que se exigía, como requisito de admisión del recurso, la aportación de las copias autorizadas de las sentencias contradictorias con la recurrida.*

«Alega el Abogado del Estado, como primer motivo de oposición al recurso extraordinario de revisión, su inadmisibilidad, al no haber acompañado la parte recurrente una copia autorizada de la sentencia o sentencias que entien- de contradictorias con la recurrida. Mas este motivo no es admitido por esta Sala. La recurrente acompañó a su escrito interponiendo el recurso de revi-

sión copias de las sentencias dictadas por otras Salas, cuya doctrina no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, ni tachadas tales copias simples de falsedad, y aunque es cierto que este Tribunal ha exigido que se acompañen copias autorizadas de las sentencias en las que los recurrentes basan su recurso, no es menos cierto que ello es, fundamentalmente, cuando no se acompañó copia alguna. En todo caso, al proclamar el artículo 24 de la Constitución el derecho fundamental de todo ciudadano de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, el ejercicio de este derecho se vería muchas veces obstaculizado, si se extremaba el rigorismo formal, exigiendo la obtención de documentos muchas veces en archivos judiciales de no fácil localización o en otros casos de obtención dificultosa. Constando, como consta, el contenido de las sentencias mencionadas, y al no haber tachado de falsedad las acompañadas por la recurrente, sino expresamente admitidas por el Abogado del Estado, que razona sobre ellas, para poner de manifiesto que los supuestos de hecho de aquellos recursos son distintos del de la recurrente, debe desestimarse este motivo de inadmisibilidad y examinar el fondo del recurso.» (*Sentencia de 4 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 8732.*)

E) *Ejecución de sentencias.*

1. *Imposibilidad de cumplir la sentencia que anula la destitución de un concejal de su cargo como Teniente de Alcalde, al haberse producido mientras tanto nuevas elecciones. Ejecución o sustitución, vía indemnización, por los daños producidos por la pérdida ilegítima del cargo.*

«Para una adecuada decisión del presente recurso se hace preciso establecer los siguientes antecedentes: *a)* Por Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao de fecha 24 de febrero de 1983, estimatoria de recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Xabier M.-G. A. contra los acuerdos municipales que habían determinado su sustitución como Teniente de Alcalde de la Comisión Municipal Permanente y de la Comisión Municipal Informativa de Urbanismo, se declaró la nulidad radical de dichos acuerdos, condenando al Ayuntamiento de Bilbao a adoptar cuantas resoluciones exija el cumplimiento de la sentencia. *b)* Recurrida dicha sentencia, fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1985, de la que el testimonio correspondiente para el Tribunal superior, a los efectos del artículo 104 de la Ley Jurisdiccional, se expidió el 24 de octubre de 1985. *c)* En la fecha de notificación de la sentencia del Tribunal Supremo ya no podía restituirse al actor en los cargos de los que había sido removido por los acuerdos anulados, por haber tenido lugar nuevas elecciones locales y haberse elegido otra Corporación. *d)* Ante la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, el actor solicitó indemnización de perjuicios, estableciendo al respecto tres conceptos indemnizatorios, consistentes, primero, en la remuneración que hubiera percibido de haber permanecido en los cargos; segundo, la indemnización por privación ilegítima del derecho fundamental a participar en los cargos públicos, y tercero, la indemnización por daño moral ocasionado por el acto anulado, cifrando las sumas reclamadas por cada uno de estos dos últimos conceptos en 20 y 10 millones de pesetas, respectivamente. *e)* El Auto recurrido, de 19 de noviembre de 1987, analiza de modo individualizado la petición indemnizatoria por el primero y el tercero de los conceptos referidos, argumentando sobre la inexistencia del daño, acordando en la parte dispositiva no haber lugar a conceder cantidad alguna en concepto de indemnización de daños y perjuicios. *f)* En el recurso de apelación se acepta la desestimación de la peti-

ción indemnizatoria por el primero de los tres conceptos referidos, y se limita la impugnación a las otras dos. g) En las alegaciones del Ayuntamiento recurrido se centra la apelación en la caducidad del derecho a indemnización por aplicación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y en la ausencia de los requisitos determinantes del deber de indemnizar.

La primera cuestión a decidir, dado su significado, es la de la caducidad argüida por el Ayuntamiento recurrido, que debe ser rechazada, pues aquí no se trata de una indemnización derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que es el supuesto a que se refiere el invocado precepto, sino de la sustitución de ejecución de una sentencia en sus propios términos, por una ejecución por el equivalente económico, que es algo sustancialmente diferente, y a cuyo supuesto en modo alguno puede alcanzar el plazo de caducidad del párrafo 3 del citado artículo.

En cuanto al fondo del asunto, es oportuno destacar que en este caso, de no admitir la ejecución por el equivalente económico, la sentencia obtenida por el recurrente carecía de eficacia alguna real, con lo que el acto recurrido, pese a su anulación por la sentencia, habría consumado toda su eficacia lesiva contra el actor, para quien de este modo su derecho constitucional a una tutela judicial efectiva habría quedado burlado en este caso, en el que la sentencia obtenida no tendría más que una significación simbólica. Tal consideración es bastante para orientar la respuesta a la petición de la parte, en línea con la necesidad constitucional de dar a su derecho de tutela judicial un contenido real, sentando así la base argumental del derecho de indemnización que se pretende. A mayor abundamiento, el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece para el caso de que la ejecución resultara imposible el deber de sustituirla por una indemnización ("fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno"). Indudablemente, este título específico de indemnización de índole estrictamente procesal, como ligado a un evento de tal carácter, nada tiene que ver con otros supuestos indemnizatorios, que son a los que se refiere la jurisprudencia invocada por el Ayuntamiento recurrido.

Fijado así en principio el deber procesal de establecer una indemnización por la imposibilidad de la ejecución en sus propios términos, la dificultad surge a la hora de establecer la cuantía de la misma, siendo aquí donde están llamadas a operar las alegaciones de las partes. El recurrente alude en su argumentación, según ya se indicó, a un doble concepto indemnizatorio: privación del derecho fundamental a participar en un cargo público y daño moral. La resolución recurrida silencia toda argumentación específica sobre el primero de los dos conceptos referidos, tal vez por entender que formaba parte de alguno de los otros conceptos indemnizatorios rechazados en la primera instancia: bien el de la retribución correspondiente al cargo, bien el del daño moral. Resulta claro, sin embargo, que el ejercicio de un cargo público, como contenido del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución, excede en cuanto derecho del mero efecto económico de la retribución asignada a tal cargo. En tal sentido, la privación ilegítima del cargo obtenido constituye una lesión real actual, y no sólo potencial, que justifica en principio una compensación económica por la pérdida, no limitada exclusivamente a la de la retribución debida, sino susceptible de abarcar otros aspectos. La dificultad de cuantificar éstos no es de índole superior a la que se plantea a la hora de valorar económicamente otras lesiones de derechos de contenido no estrictamente económico —piénsese, a modo de ejemplo, en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen, cuya protección es objeto de la LO 1/82, cuyo artículo 9.º, 2 y 3, establece un derecho a indemnización en caso de lesión, siendo frecuentes y plenamente actuales las sentencias de condena a indemnizar—.

Las alegaciones del recurrente sobre el abandono de su profesión de arquitecto para dedicarse al ejercicio del cargo público, que podrían dar base para aproximarse a una cuantificación objetiva del daño, no son atendibles en este caso, primero porque falta la prueba de ese alegado abandono y de los ingresos que antes de acceder al cargo se obtuvieron, lo que sería inexcusable, y después, y definitivo, porque en todo caso ese alegado abandono se había producido para presentarse a la elección como concejal, y no para dedicarse al cargo de Teniente de Alcalde o de miembro de una determinada Comisión, de modo que al no haberse perdido la condición de concejal, sino un cargo ulterior a ella, no cabe decir que la pérdida de este último hubiera dejado sin sentido el abandono previo de la profesión.

Rechazada la eficacia de esa línea argumental, queda sólo como objeto indemnizable el de la pérdida ilegítima de los cargos a los que se refería el recurso, daño de entidad asimilable a un daño meramente moral, y para cuyo resarcimiento es recomendable atender a criterios usuales en la práctica judicial, siendo parecer de la Sala que la suma reclamada es absolutamente desorbitada, entendiéndose como cantidad adecuada al caso la de 200.000 pesetas.

No cabe adicionar a la indemnización referida otra complementaria por daño moral, pues en realidad ese pretendido daño moral no es en este caso distinguible del de la mera pérdida del cargo, sino que más bien se identifica con él, sin que por lo demás las alegaciones de la parte al respecto sobre el desprestigio político y social de su cese se hayan demostrado, debiéndose compartir en este caso particular la opinión de la Sala *a quo*.

No se aprecian motivos que permitan una especial imposición de costas.» (Auto de 20 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7811.)

2. *Demolición de obras sin licencia. Se revoca el Auto por el que se acordó ejecutar la Sentencia a través de una indemnización sustitutoria al haber planteado el incidente los particulares afectados y no la Administración, y por no existir imposibilidad legal ni material para ejecutar la Sentencia.*

«Habiendo este Tribunal declarado todo lo anterior en su mencionado Auto de 22 de octubre de 1987 dictado en estas mismas diligencias de ejecución de sentencia, *mal podía la Audiencia* el 29 del mismo mes de octubre de 1987 *dictar el Auto ahora apelado declarando la imposibilidad material de ejecutar dicha sentencia firme y sustituyendo la demolición en ella ordenada por una indemnización de replazo invocando el artículo 107 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción; pues con no haber sido planteado por la Administración el incidente de inejecución de este artículo (que habría sido la única legitimada para hacerlo y en el plazo de los dos meses siguientes a notificársele la Sentencia firme de 10 de octubre de 1979, desde la que han transcurrido actualmente no ya dos meses, sino diez años), resulta además indudable que, como ya declaramos en nuestro citado Auto de 22 de octubre de 1987 (que confirmó, por cierto, el que entonces la Audiencia había dictado en igual sentido el 22 de diciembre de 1983), aquí no hay imposibilidad material ni legal alguna de ejecutar la sentencia firme, ya que en cuanto a la material "... el Doctor Arquitecto don José Ramón L. C. (nombrado Perito en las actuaciones incidentales) dictamina "que existen medios normales para realizar la demolición parcial del edificio"; habiendo sido aun esto reiteradamente confirmado en las presentes diligencias de ejecución tanto por el Arquitecto municipal (en su Informe de 11 de julio de 1986, que obra en los folios 416 y 417 de los autos) como por el Alcalde, que recoge ese Informe en el Oficio que el 15 de julio de 1986 dirige a la*

Audiencia (folio 399 de los autos), y también por el último Arquitecto Forense interviniente, señor S., en el amplio Informe de 25 de septiembre de 1987 (folios 503 al 508 de los autos); y ante todo esto carece enteramente de base el Auto ahora apelado cuando el 29 de octubre del mismo año 1987 (o sea, un mes más tarde del dictamen del Perito Arquitecto señor S.) proclama lo contrario; y *con respecto a la imposibilidad legal, ya dijimos también en nuestro Auto de 22 de octubre de 1987 que la misma "no puede derivar de la existencia de terceros hipotecarios (surgidos todos ellos cuando el pleito estaba ya tramitándose), puesto que los adquirentes en tales circunstancias de las viviendas —como se declara en el quinto considerando del Auto apelado— podían ejercer, en su caso, las correspondientes acciones contra quienes se las vendieron por los daños y perjuicios que hayan sufrido"*; y sin perjuicio —añadimos ahora— de las acciones que puedan también tener contra el Ayudamiento, que indudablemente no es ajeno a lo sucedido.

Conviene también precisar, para evitar que sigan produciéndose dilaciones indebidas en la efectividad del restablecimiento del derecho conculcado que ya lleva diez años sin restaurarse —con violación flagrante de los artículos 24.1 y 2, 117.3 y 118 de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal compendiada en el Auto de esta Sala de 11 de julio pasado—, que, como dispuso el Auto de la Sala Territorial de 26 de noviembre de 1986, la demolición habrá de hacerse en la forma acordada por ese Auto consentido por los actores en lo principal, esto es, sin cortar los pilares y vigas existentes, pero sí los forjados que apoyan en dichos pilares y del modo descrito por el Arquitecto municipal en su ya expresado Informe de 11 de julio de 1986, recogido en el Oficio del Alcalde de 15 del mismo mes y corroborado por el Arquitecto señor S. en su dictamen de 25 de septiembre de 1987 (antes mencionados); y habiendo asimismo de reiterarse lo que también acordó dicho Auto de la Audiencia de 26 de noviembre de 1986, a saber, que la demolición debe ser llevada a efecto, sin ulterior dilación alguna, en el plazo de un mes, con los apercibimientos legales de desobediencia y demás que procedan.» (Auto de 5 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 9003.)

- F) *Costas. La existencia de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo coincidentes y contrarios a la tesis del recurrente no puede impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, no procede condenar en costas a quien mantiene su oposición a un tema cuyo fondo ya ha sido resuelto.*

«Entiende el apelante que el citado Colegio obró con manifiesta temeridad y malicia al empeñarse en mantener su oposición a un proceso cuyo tema de fondo —derecho de los profesionales argentinos a colegiarse en España— había sido objeto ya de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo en casos sustancialmente coincidentes, reconociéndoles ese derecho. Concretamente dice que al dictarse el acuerdo colegial denegatorio el Tribunal Supremo había ya dictado tres sentencias sobre el tema en el sentido dicho.

Esta Sala de apelación entiende, sin embargo, que el hecho de existir una corriente jurisprudencial que sea contraria a las tesis de una parte no puede impedir el ejercicio de su derecho a obtener una tutela judicial efectiva que le reconoce la Constitución, porque, de una parte, ningún juicio humano es infalible, y la reiteración de una tesis jurisprudencial no excluye la posibilidad de que sea equivocada, y porque, de otro lado, puede ocurrir que el caso concreto que se enjuicie presente matices que obliguen a dar una solución diferente, sin que ello implique necesariamente que tenga que darse contradicción entre sentencias. Así, pues, y como por otras causas no se aprecia mala fe ni malicia en el

Colegio citado, hay que desestimar la apelación planteada, sin que proceda tampoco imponer costas en esta instancia.» (*Sentencia de 19 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 9411.*)

XIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- A) *Ambito. El sistema de responsabilidad patrimonial regulado en los artículos 121 LEF y 40 LRJAE no es de aplicación a los daños causados a un concesionario por acuerdos que inciden en sus derechos de aprovechamiento de aguas públicas —Acuerdos dictados por el Consejo de Ministros para paliar la sequía—, debiendo depurarse la responsabilidad en el seno de la relación y a tenor de las cláusulas concesionales.*

«Tema que, en definitiva, trata de declarar si corresponde o no, ahora y según se ha planteado, acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración por acto lesivo originador de pérdida de energía eléctrica a empresa concesionaria de aprovechamiento hidráulico en aguas públicas.

Para ello debemos de partir de que la pretensión iniciadora del expediente administrativo formulada por "H. E., S. A.", luego de alegar la condición de titular de concesión administrativa, y basándose en los preceptos legales reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitó indemnización de daños y perjuicios por las detracciones de agua, y consecuente pérdida de energía eléctrica, derivados de dos Acuerdos del Consejo de Ministros.

Pues bien, la regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración se establece, a tenor del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1958, y del que es su antecedente el artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, como un sistema de imputación directa y objetiva por los daños que los actos lesivos de sus órganos, autoridades, funcionarios o agentes, en el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, hayan producido en los bienes y derechos de los particulares; con sentido, por lo tanto, objetivo y extensión amplia y total. Dedúcese, consecuentemente, que si la imputación del acto lesivo a la Administración exige la existencia de relación de causalidad entre el acto y el daño, exclúyense, por su naturaleza de mecanismo objetivo de reparación, las situaciones subjetivas de vínculo anterior existente entre la Administración y el particular lesionado; de tal manera que cuando este particular señala como causa y origen de la lesión un determinado acto administrativo, aquí dos acuerdos del Consejo de Ministros, que incide —e inciden— de modo inmediato en sus derechos de concesionario de aprovechamiento de aguas públicas, será en el seno de este concierto, con las establecidas relaciones recíprocas y conforme a las cláusulas concesionales, donde haya de depurarse la responsabilidad patrimonial, económica y pecuniaria de la Administración, cifrándose a la vez el valor de las indemnizaciones con arreglo a lo que en tales cláusulas y en las propias y específicas disposiciones legales estuviere previsto.

Estas afirmaciones se fortalecen considerando, de una parte, que los demás aducidos preceptos de la Constitución, de la Ley de Aguas y de la de Expropiación Forzosa tienen carácter genérico unos y otros atinentes a supuestos distintos; y, de otra parte, que las alegaciones de la demanda del recurso, en su último razonamiento, denuncian infracción del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo basándose en la falta absoluta del

procedimiento al dictarse tan citados acuerdos del Consejo de Ministros y en la infracción de la Ley del Trasvase Tajo-Segura, pero sin pretenderse acreditar, como le es obligado, los imprescindibles supuestos de hecho que constituyen sus soportes jurídicos, ni tampoco pidiendo en el suplico de la demanda, como era consecuencia de tales alegaciones, la nulidad de los acuerdos.» (Sentencia de 30 de noviembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 8114.)

B) Nulidad de acto —anulación de licencia—. Determinación de los conceptos que debe incluir la indemnización. Lucro cesante y daño emergente.

«Dentro de esa línea interpretativa y a la vista del criterio apuntado por la Sentencia de 7-6-1983 (en la que dentro del capítulo indemnizatorio se explicita la obligación del Ayuntamiento de satisfacer al actor los importes de las obras de derribo del exceso de construcción —cuarta planta y ático— que no ha sido legalizado y de los trabajos de restauración del resto del inmueble en las condiciones de seguridad y ornato que las circunstancias exijan), es obvio que procede estimar la revisión, por la vía del motivo del artículo 102.1.b) de la LJCA, por representar, la sentencia dicha, una postura resolutive contraria, en sus pronunciamientos, a otras decisiones del propio Tribunal Supremo y de la misma Sala, en las que, ante sujetos en idéntica situación procesal, se ha llegado a criterios distintos, semejantes a los ahora pretendidos por el actor, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Y esa solución es predicable no sólo de las plantas no legalizadas y que deben derribarse (cuarta y ático), sino también de las plantas legalizadas desde el Acuerdo de la CMP de 28-3-1979 (primera o baja, segunda y tercera).

Empezando por las plantas no legalizadas, es evidente que el importe de la demolición de las mismas y de la restauración del edificio resultante (para dejarlo en las condiciones de seguridad y ornato debidas) no llega a cubrir todo el "quantum" indemnizatorio que, a tenor de los artículos 232 (antiguo 213.1 de la LS de 1956), 121 LEF, 405 LRL, 40 LRJAE y 33.3 y 106.2 CE (determinantes de la obligación de rescarcimiento en los casos de daños con ocasión del funcionamiento —la normalidad o anormalidad ha sido ya erradicada por el artículo 106.2 de la CE— de un servicio público, como es, aquí, el de la policía administrativa de la edificación en el marco de la propiedad inmobiliaria urbana), debe corresponder, con motivo de la anulación de la licencia concedida, al administrado afectado, pues para conseguir una nivelación adecuada, o una "restitutio in integrum", del patrimonio de este último, los conceptos antes referidos, admitidos por la sentencia impugnada, han de contemplarse con el importe actualizado de los gastos de construcción de la planta cuarta y del ático, en su carácter de daño emergente, y, asimismo y además, con el "quantum" del lucro cesante dejado de obtener por la falta de utilización y disfrute de ese exceso de edificación no legalizado, por un montante equivalente al interés legal del capital invertido en esa parte de la construcción desde el momento en que se paralizó hasta el día de su demolición.

Y esto es así porque, primero, no incide una conducta del actor que sea excluyente de su pretensión indemnizatoria, pues a pesar de lo argumentado, en su contestación, por la Corporación denunciada, no es visto que aquél haya incurrido en los *status* de dolo, culpa o negligencia graves que, para la citada exclusión, exige el artículo 232 de la LS, porque el mismo Ayuntamiento así lo entendió en un principio al apelar, en su día, contra la Sentencia de la AT de Las Palmas de 3-10-1973, por la que se anuló la licencia de obras de autos sin fijar una secuela indemnizatoria (yendo ahora, por lo tanto, contra sus propios actos), y porque la misma Sentencia de 7-6-1983, al fijar como

resarcimiento los importes de los valores del derribo y de la restauración, confirman, a *sensu contrario*, la inexistencia de esa conducta exculpatoria (que, de concurrir, hubiera provocado la pérdida de todo tipo de indemnización).

Y es así, también, porque las Sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 20-6-1981 y 13-10-1981, dictadas en casos sustancialmente iguales al presente, tienen establecida una doctrina, imposible de obviar, que predica que *cuando se anulen licencias de obra erróneas o indebidamente concedidas debe satisfacerse al propietario o promotor de la edificación el valor de lo construido o el valor de la inversión económica efectiva realmente realizada al amparo de las licencias después anuladas* (por supuesto, con el carácter de valor actualizado). *Doctrina que, por lo expuesto en la primera y en la última de las sentencias citadas, es también aplicable, en atención a concurrir hechos, fundamentos y pretensiones esencialmente idénticos a los de autos, al tema complementario del lucro cesante, como sistema de conseguir, en definitiva, el reequilibrio final del patrimonio inicialmente afectado.*

Semejante, aunque con ciertos matices puntualizadores, tiene que ser la solución a arbitrar respecto a las tres plantas legalizadas (primera o baja, segunda y tercera), pues, con abstracción de lo manifestado por la Sentencia de 7-6-1983 en su considerando 4.^o y por la de 28-3-1981 en los considerandos 4.^o y 7.^o, toda la tesis de la satisfacción indemnizatoria de los daños derivados del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público (con las modulaciones que presenta dicho supuesto en el artículo 232 de la LS), exige la compensación de los detrimentos sufridos, ya sea en concepto de daño emergente o en el de lucro cesante. En tanto en cuanto, como se explica en las Sentencias de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 19-12-1975, 9-2-1976, 19-4-1983 y 2-6-1982, por un lado, y de 13-10-1981 y 2-6-1982, por otro (dictadas para asuntos con hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, reconducibles al supuesto-tipo de paralizaciones de obras con licencias indebidamente anuladas o a suspensiones con motivo de licencias anuladas o indiciariamente ilegales), *deben ser abonados los incrementos del costo de las unidades de obra* (cuya ejecución se suspendió) *por el mayor valor de los materiales, jornales o mano de obra y gastos inherentes existente entre la fecha de la paralización y la de reanudación de la construcción* (para conseguir su ultimación), *así como los beneficios normales que el propietario* (promotor o constructor) *hubiera obtenido del edificio de haberse realizado la obra* (referida aquí sólo a las tres primeras plantas) *en el plazo y forma previstos.*» (Sentencia de 20 de marzo de 1987, Sala de Revisión, Ar. 9845.)

- C) *Administración de Justicia. Supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado. Interpretación de este supuesto.*

«El principio de la responsabilidad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución se especifica para el Poder Judicial en su artículo 121, que establece el derecho a la indemnización en los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El desarrollo que de tales preceptos constitucionales lleva a cabo la Ley Orgánica del Poder Judicial —arts. 292 a 297— incluye los dos supuestos generales que acaban de mencionarse y otro de carácter específico relativo a la prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado —art. 294— que puede explicarse como una manifestación del error judicial —aunque en algún caso pueda conectarse con el funcionamiento anormal—.

Ocurre que en ocasiones el propio desarrollo del proceso penal, en el que la resultancia de la investigación puede variar, acredita la existencia del error judicial —entendido objetivamente— y en tales casos no resulta ya necesaria la declaración jurisdiccional del error —art. 293.I de la Ley Orgánica—.

La especificidad del artículo 294 de la Ley Orgánica se manifiesta así claramente: *en los supuestos de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia de error judicial de suerte que ya no será necesaria una declaración jurisdiccional en tal sentido.*

Y de este encuadramiento sistemático del artículo 294 deriva ya una importante consecuencia: *tal precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad de una duración que abarque todo el tiempo pasado en situación de prisión. Sólo cubre algunos supuestos y para los demás no amparados por el artículo 294 ha de entenderse plenamente viable el cauce general del artículo 293, supuesta la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.*

El artículo 294 aparece, pues, como “una” de las vías posibles para reclamar indemnización sobre la base de una prisión preventiva, de modo que cuando este precepto no resulte aplicable, ello no significará la negación de la posibilidad de obtener la indemnización que podrá conseguirse mediante el procedimiento de alcance general del artículo 293.

El artículo 294 de la Ley Orgánica se integra como toda norma jurídica por un supuesto de hecho —prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado— y una consecuencia jurídica —viabilidad de la reclamación directa sin previa declaración de error judicial—.

El supuesto de hecho consta de un elemento material que es la inexistencia del hecho y otro formal que recoge los actos procesales que declaran aquel dato material, y que tanto puede ser la sentencia absolutoria como el auto de sobreseimiento libre.

Qué deba entenderse por inexistencia del hecho imputado es cuestión que ha suscitado serias dificultades y también críticas por la estrechez de la dicción legal que deja fuera de su ámbito numerosos supuestos de prisión preventiva no seguida de sentencia condenatoria. Incluso en el propio seno del poder legislativo se ha producido ya alguna proposición de ley tendente a la ampliación del supuesto de hecho del artículo 294.

Dejando a un lado temas de *lege ferenda*, en el campo de la aplicación del derecho es claro que la interpretación del artículo 294 ha de llevarse a cabo utilizando los criterios del artículo 3.º, I, del Título Preliminar del Código Civil:

A) *En el terreno literal, inexistencia del hecho imputado significa que en la realidad no se ha producido el acaecimiento que se atribuye a determinada persona. Es, pues, una inexistencia objetiva.*

Pero sabido es que la interpretación literal es siempre un mero punto de partida.

B) El debate parlamentario sobre el precepto que se examina tuvo escaso relieve, pero aun así cabe indicar:

a) La primitiva dicción de la norma según la redacción del proyecto —“sean declarados inocentes”— fue sustituida ya en el Senado por la actual: “sean absueltos”, permaneciendo en ambas la referencia a la inexistencia del hecho imputado.

b) Las enmiendas presentadas, de matiz claramente ampliatorio —alguna proponía precisamente la supresión de la mención “por inexistencia del hecho imputado”, con lo que el precepto ampliaría su campo a todo supuesto

de sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre—, fueron rechazadas, manifestándose así una vez más el sentido restrictivo de la norma.

C) En el terreno sistemático son viables en principio dos itinerarios distintos:

a) El elemento material del supuesto del artículo 294 puede aflorar procesalmente por dos vías distintas —la sentencia o el sobreseimiento libre—, ambas por tanto equivalentes. De ellas, la que mejor aparece tipificada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la del sobreseimiento libre.

Y el estudio del artículo 637 de dicha Ley de Enjuiciamiento parece indicar que la inexistencia del hecho a la que se refiere el artículo 294, con su remisión al sobreseimiento libre, es precisamente la inexistencia objetiva del artículo 637.I, con exclusión por tanto de los apartados 2.º y 3.º, que no implican tal inexistencia. No puede evitarse la sensación de que al redactar el artículo 294 se estaba leyendo o recordando el artículo 637.I, de la Ley de Enjuiciamiento.

b) Pero el artículo 294 cumple una función análoga a la del recurso de revisión: los dos —art. 293.I de la Ley Orgánica— hacen innecesaria la previa y específica declaración del error judicial.

Podría entonces pensarse que el ámbito objetivo del artículo 294 debería ser equivalente al del recurso de revisión. Pero esta solución, independientemente del futuro que se le augure de *lege ferenda*, no puede mantenerse a la vista del texto del artículo 294: la revisión determina una posibilidad de indemnización en todo supuesto de sentencia absolutoria —arts. 960, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 293.I de la Ley Orgánica—, en tanto que el artículo 294 sólo opera en algunos supuestos de absolución o sobreseimiento libre.

La expresa dicción del artículo 294 delimita su propio supuesto de hecho con un criterio mucho más restrictivo que el que aparece en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoge la indemnización en todo supuesto de sentencia absolutoria dictada en virtud de recurso de revisión.

D) *Pero, sin duda, el criterio interpretativo de mayor importancia es el finalista.*

El artículo 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la impropiedad de la prisión provisional, apreciada objetivamente "a posteriori". Esto es llamativamente manifiesto en los casos de inexistencia del hecho, pero no en los de inexistencia de delito, supuestos ambos claramente separados en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al que ha seguido el artículo 294 de la Ley Orgánica para establecer su aplicabilidad en la inexistencia del hecho, con lo que excluye su virtualidad en la inexistencia de delito.

En esta línea será de recordar la doctrina del Consejo de Estado —Memoria de 1987—, que señala que el "artículo 294 se refiere exclusivamente a cuestiones de hecho —a la inexistencia objetiva del hecho o incluso a la falta de participación en él del sujeto imputado—", en tanto que la "identificación de un caso de inexistencia de delito requiere un juicio de valor: el que realiza el órgano juzgador cuando reputa que en los hechos declarados probados no concurren todos los elementos del tipo delictivo que la acusación imputaba al sujeto".

Esta solución es justamente la de la Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1989, que refiriéndose también a un proceso penal por violación declaraba que aunque los hechos no hubieran merecido la calificación jurídica de violación, el hecho imputado —el yacimiento—, que es lo relevante para el artículo 294, sí había existido, lo que implicaba la no concurrencia del supuesto de hecho del mencionado precepto.

Ya más concretamente y en cuanto a los datos de hecho que definen el supuesto litigioso, será de indicar que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de mayo de 1986 absolvió al hoy demandante del delito de violación en razón que se produjo "un forzamiento no violento" —folio 11 del expediente administrativo—, pero declarando probada la existencia del yacimiento, lo que excluye la posibilidad de obtener la indemnización por la vía específica y de interpretación restrictiva que traza el artículo 294 de la Ley Orgánica." (*Sentencia de 19 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9204.*)

- D) *Compatibilidad con pensión. La pensión extraordinaria reconocida a los padres de un soldado muerto al desarrollar el servicio militar no excluye el derecho a la indemnización como consecuencia de los daños morales.*

«La declaración de muerte en acto de servicio del hijo del recurrente y la pensión extraordinaria concedida a sus padres de conformidad con el artículo 34 del Decreto de 13-4-72, que se aduce por la Administración al resolver el recurso de reposición, no puede excluir la indemnización por el daño moral sufrido, teniendo aquélla por objeto el reconocimiento de una pensión originada por una muerte en acto de servicio que no es incompatible con la indemnización reclamada, toda vez que la pensión tiene por finalidad atender a las necesidades de los familiares, viuda, hijos y padres legítimos adoptantes o naturales, que en tanto no compensen debidamente los daños y perjuicios causados en un supuesto concreto no excluye la indemnización de éstos, y, por tanto, el daño moral que en el orden afectivo se haya originado; compatibilidad reconocida por el Consejo de Estado en su primer dictamen de 13-3-85, al entender que la pensión e indemnización proceden de títulos distintos; debiendo, en consecuencia, desestimar esta causa aducida como obstativa por la Administración de la pretensión del recurrente.

Cuantificado el daño causado al recurrente y a su esposa en su petición en 5 millones de pesetas, debe apreciarse, desde la vertiente de una estimación racional de lo que implica en el orden mentado la muerte de un hijo, como pertinente y no excesiva, sino acomodada a la realidad en la que concurren una lesión en un bien estimable como es la falta en el círculo familiar de forma irreversible de un hijo y el desamparo también racionalmente estimado que en el futuro representa esa pérdida; bien no cuantificable matemáticamente, pero sí reconocido en la consideración social; que lo estima reparable económicamente, integrando en el concepto indeterminado de "bien", a que se refieren los preceptos indicados, el dolor moral por la pérdida del derecho a la vida, artículo 15 de la Constitución, en cuanto afecta a los familiares próximos del difunto.» (*Sentencia de 1 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8992.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS