

sustituirán en ningún caso los informes o propuestas de resoluciones que con arreglo a las disposiciones vigentes, deban evacuar cualesquiera otros Organismos o Dependencias, los que se incorporarán a los expedientes que se trate antes de su remisión". Así, pues, se dan los supuestos de identidad sustancial del 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional para que pueda hablarse de contradicción entre la sentencia ahora impugnada y las de la Sala Especial antes citadas, suficiente a fundar el mecanismo de unificación jurisprudencial que orienta e inspira dicho motivo revisorio». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992, Sala Especial de revisión, Ar. 10671.*)

2. *Audiencia a organizaciones y asociaciones. Evolución jurisprudencial. Asociación que no representa intereses de carácter general. Dictamen del Consejo de Estado. No es preceptivo al tratarse de una norma de organización interna.*

«Sostiene la entidad recurrente que la Norma impugnada, contiene una atribución de potestades al margen de la Ley y atribuye al Gabinete Técnico de la Comisión Nacional del Juego diversas competencias, entre las que se encuentran las de otorgar o revocar autorizaciones y homologaciones previstas en los diversos Reglamentos de Juego, cuando no estén específicamente atribuidos a otros órganos, vulnerándose así lo establecido en el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que declara como regla general la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y, se aducen como motivos de nulidad, unos, meramente formales, como la falta de audiencia de la Asociación recurrente y en general de los interesados y la omisión del dictamen del Consejo de Estado, y otros de fondo, en base a la conculcación de los artículos 25 y 24.1 de la Constitución

Aun cuando la Jurisprudencia de esta Sala ha fluctuado en la calificación de este trámite de audiencia, considerado en las SS 6-12-1966 (RJ 1966, 5283), 20-6-1979 (RJ 1979, 2423) y 1710-1978 (RJ 1978, 3754), como facultativo de observancia discrecional, no afectando su inobservancia a la validez de la disposición general administrativa, no es menos cierto que la más moderna jurisprudencia contenida en las SS 16-5-1972 (RJ 1972, 2971), 7-5-1987 (RJ 1987, 5241), 19-5-1988 (RJ 1988, 5060), 5-2-1990 (RJ 1990, 1399) y 22-5-1991 (RJ 1991, 4337) ha mantenido que el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativas de los intereses afectados por tales disposiciones, que establece el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo equivale y sustituye al de audiencia a los interesados que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria, sino requisito y garantía esencial ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo postura reforzada por nuestra Constitución que en su artículo 105 establece que la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y es claro que mientras no se dé cumplimiento a este mandato constitucional y se publique una nueva Ley, resulta obligada la aplicación del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que preceptúa que siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación de interés de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer, pero, no obstante, a tenor de este precepto y tal como matizan las Sentencias de este Tribunal de 19 enero y 22 mayo 1991 (RJ 1991, 552), ello no significa que en la redacción de tales disposiciones hayan de ser oídas cuantas asociaciones se constituyan salvo que a

éstas una Ley disponga la audiencia de este tipo de Asociaciones, pues solamente ha de exigirse esta audiencia cuando se trata de Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, cualidades que no ostentan la entidad interesada que no representa intereses de carácter general, dado su ámbito de actuación, ni corporativo reconocido por Ley.

El Real Decreto impugnado, que según su Proyecto y Memoria, tuvo por objeto la reorganización de la Subsecretaría del Ministerio del Interior y determinados Centros Directivos con la finalidad de armonizar las distintas funciones de estos órganos, fue elaborado en el ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y constituye uno de los supuestos de los llamados Reglamentos organizativos al regular en su aspecto interno las materias propias del Departamento respecto de los juegos de azar, insertándose en el marco legal establecido en el Real Decreto 16/1977, de 25 febrero, en cuyo artículo primero se trata del aspecto organizatorio y de control de tal actividad lúdica, que además goza en el aspecto sancionador de la cobertura legal de la Ley 34/1987, según declaró esta Sala en S 14-4-1992 (RJ 1992, 2902).

De esta forma al incidir esta disposición general en la reorganización indicada, otorgando el rango de Dirección General al Gabinete Técnico de la Comisión Nacional del Juego y al estructurar ésta en dos Subdirecciones Generales, la unidad de apoyo del Director del Gabinete y la Subdirección General de Gestión, no realiza ninguna autoapreciación de potestades, sino una distribución de competencias entre los distintos órganos administrativos.

La omisión del dictamen del Consejo de Estado "per se" no acarrea la nulidad de la disposición general impugnada, de acuerdo con el criterio jurisprudencial sustentado por este Tribunal entre otras, en las SS de 7 de mayo y 2 de junio de 1987 (RJ 1987, 5241 y 5908) y 11-5-1988 (RJ 1988, 4497), pues "la forma —según razona la primera de las indicadas sentencias— está al servicio del Derecho y no al revés" ... y "el vicio de forma es determinante de la anulación del acto sólo cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer del fondo del asunto o cuando haya provocado una indefensión total y absoluta del interesado..." y en el caso aquí enjuiciado la falta de este trámite, exigido por el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 abril, para "los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes o sus modificaciones" no es predicable, pues nos hallamos ante un Reglamento dictado en el ejercicio de la potestad autoorganizatoria de la Administración y por tanto, agota su eficacia en el seno interno de la misma: sin que por otra parte, pueda aducirse que en su elaboración se inobservaron los trámites exigidos en los apartados primero y segundo del artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando del examen de los documentos incorporados al expediente —Proyecto y Memoria— no se constata su incumplimiento». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1918.*)

3. *Dictamen del Consejo de Estado. Supuesto de reglamento autonómico que desarrolla una Ley de bases estatal. Doctrina del Tribunal Constitucional. El informe de una Viceconsejería no es equiparable al de un órgano independiente.*

«Antes de abordar este primer problema de fondo, y para hacerlo con las mayores garantías de acierto, se hace preciso sentar una premisa, que aún a extramuros, formalmente, del debate procesal, viene a poner claridad en tema tan arduo y no pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia. La misma atañe a la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980,

del Consejo de Estado, en los términos en que la ha declarado la S 204/1992, de 26 noviembre (RTC 1992, 204), del Pleno del Tribunal Constitucional ("Boletín Oficial del Estado" del día 23-12-1992), decidiendo cuestión de inconstitucionalidad que en relación con el citado precepto había suscitado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recursos acumulados promovidos por diversos empresarios de juegos contra el Decreto 89/1990, de 11 junio, del Consell de la Generalidad Valenciana, por el que se aprobó el Reglamento del Juego del Bingo.

Pues bien, del fundamento jurídico sexto y último de dicha sentencia y de su fallo, en conexión con el resto de la fundamentación jurídica, se concluye que en la elaboración de Reglamentos autonómicos que se dicten en ejecución de las leyes (supuesto que se inscribe en la materia de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, según la jurisdicción constitucional), el artículo 23, párrafo segundo, en relación con el artículo 22.3 de la ya citada Ley Orgánica del Consejo de Estado, en cuanto exigen dictamen previo y preceptivo recabado de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, no es contrario a la Constitución "siempre que se entienda que el dictamen del Consejo de Estado se exige a las Comunidades Autónomas sin organismo consultivo propio". Dicho de otra forma, la preceptividad del dictamen del Alto Cuerpo Consultivo, en el caso de los Reglamentos autonómicos antes referidos, sólo puede ser eludida, válidamente, cuando en el procedimiento de elaboración de dichas normas haya mediado la consulta de Órganos homologables al Consejo de Estado, dotados de características orgánicas y funcionales semejantes a éste, insertos en el seno de la Administración Autonómica correspondiente. Importa destacar que dicha sentencia del Tribunal Constitucional asigna la función consultiva atribuida al Consejo de Estado un ámbito no constreñido a los literales términos del artículo 107 de la Constitución, sino más amplio, como órgano consultivo con relevancia constitucional "al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece", reiterando términos de su anterior S 56/1990 (RTC 1990, 56), tal como luce en el fundamento jurídico segundo de la S 204/1992 (RTC 1992, 204) a que venimos aludiendo, lo que le lleva a concluir que la intervención del Consejo de Estado en relación con determinadas actuaciones administrativas de las Comunidades Autónomas no es atentatoria a la potestad de autoorganización que a éstas les confiere el artículo 148.1.1.ª de la Norma Fundamental.

Asiste razón al Gobierno Vasco al sostener que, desde un punto de vista de rigurosa técnica, no son homologables los Reglamentos ejecutivos de las Leyes (sean éstas estatales o autonómicas) y aquellos otros Reglamentos que las Comunidades Autónomas aprueban, en el marco de la legislación básica estatal y partiendo de los límites que esta normación básica impone al desarrollo legislativo regional, en materias de competencia concurrente o compartida entre el Estado y los Entes Autonómicos, como es el caso tanto del Decreto 43/1986 de la Islas Baleares, sobre Cajas de Ahorro, como del ahora cuestionado Decreto 74/1986 del Gobierno Vasco sobre admisión de alumnos a los Centros Públicos y Concertados, producidos ambos como operaciones de desarrollo normativo dentro del marco de Leyes Básicas Estatales, como las Leyes antes referidas, concretada en el caso que nos ocupa, por la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, Ley Orgánica 8/1985. Ha de afirmarse que, en efecto, no se trata tanto, en estos supuestos, de completar, pormenorizar, detallar o precisar una anterior regulación a nivel de Ley (que es lo propio de los Reglamentos ejecutivos a que se refiere el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), sino de ejercitar una competencia autonómica, en el plano normativo reglamentario, con sujeción o atendida a los límites que la uniformidad de la legislación básica estatal le impone, lo que permite a la Comunidad Autónoma introducir en la regulación opciones políticas propias, acomodadas a sus peculiares características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales, por lo que, así considerados estos instrumentos

normativos, más que desarrollar las normas básicas la función que cumplen es complementar el Ordenamiento jurídico a cuya formación concurren los dos tipos de Entes Públicos territoriales con poder normativo. Ahora bien, aun siendo ello así, la cuestión no queda solventada más en favor de la tesis mantenida por el Gobierno Vasco, pues se hace preciso determinar, en una exégesis finalista y no literal de los preceptos en juego, a pesar de la peculiar posición de estos Reglamentos autonómicos, o de su especificidad, ha de mediar en su elaboración el dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en tanto —según la interpretación del Tribunal Constitucional— no cuenten con Órganos Consultivos propios. Ni desde una perspectiva institucional, ni de la más concreta de la finalidad de tal dictamen, debe éste ser eludido en el procedimiento administrativo común de elaboración de reglamentos, según pasamos a analizar en el siguiente fundamento.

Desde la perspectiva de la autoorganización que se reserva a las Comunidades Autónomas ex artículo 148.1.<sup>a</sup> de la Constitución, no es inmisión ilegítima la exigencia del trámite de consulta por parte de un Órgano que no pertenece en rigor a la Administración Central ni en ella se encuadra, su posición en el Ordenamiento y la "auctoritas" que le confiere su configuración organizativa y funcional, como es el Consejo de Estado, por lo que la intervención consultiva de éste, sin carácter vinculante por otra parte, en nada empece ni a dicho principio de autoorganización ni a la autonomía en la gestión de los intereses propios que a las Comunidades Autónomas reconoce y garantiza el artículo 137 del Texto Constitucional.

En otro orden de cosas y atendiendo a la finalidad que cumple el controvertido dictamen, entendido éste más que como un control de legalidad pura y simple, como un requisito garantizador en el procedimiento de elaboración de Reglamentos, es cierto que, aun respetando las opciones políticas propias a que antes aludíamos, las normas reglamentarias autonómicas incorporan, sin duda, un cierto grado de aplicación o concreción a su ámbito territorial de la legislación básica estatal sobre la materia, y trasladan o deben trasladar a éste las determinaciones básicas que vienen obligados a respetar. Por lo que al caso atañe, el Gobierno Vasco, al aprobar el Decreto sobre admisión de alumnos, aplica a los Centros Educativos Públicos y Concertados existentes en su ámbito, los criterios o prioridades que fijan los artículos 20.2 y 53 de la Ley Orgánica 8/1985 (LODE), y en tal sentido, podrá sostenerse razonablemente que el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo no está llamado a valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia de la regulación autonómica, por no exigirlo ni hacerlo aconsejable la índole de la materia (en adecuación a lo señalado por el artículo 2.º.1 de su Ley Orgánica reguladora), pero será difícil negar que la adecuación a la Constitución y a la Ley Básica Estatal, por parte del Reglamento autonómico, como finalidad garantizadora de dicho examen previo, se halla en el mismo plano de preservar el imperio de la Ley que cuando el dictamen se produce en la relación entre Ley y Reglamento ejecutivo o de desarrollo de la misma, ya que no debe olvidarse que al Consejo de Estado incumbe velar por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico conforme a lo que previene el artículo 2.º.1, antes citado, de su Ley Orgánica. A este respecto no es desdeñable el dato de que nos hallamos ante materia, como la de educación o enseñanza, en que la competencia del Gobierno Vasco, bien que con raíces en la Disposición adicional primera de la Constitución, enmarca en el artículo 27 de ésta y de las Leyes Orgánicas que desarrollen este capital precepto así como de las facultades que al Estado atribuye el artículo 149.1.30.<sup>a</sup>, de la Norma Suprema, según el propio artículo 16 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 diciembre) deja claramente establecido. Si la enunciación de supuestos requeridos de consulta preceptiva, contenida en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado se realiza quizás desde la perspectiva de la Administración General del Estado, ello no impide, sino antes al contrario, determina que cuando la potestad reglamenta-

ria sea ejercitada por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, aún en aplicación de normas básicas del Estado, el dictamen de la Comisión Permanente del Alto Cuerpo Consultivo se establezca también como preceptivo, comprendiendo la hipótesis en el apartado 3 del citado artículo 22, pues la actuación consultiva se dirige a la preservación del "común denominador normativo" en que las normas básicas consisten, en la expresiva terminología de la STC 1/1982, de 28 enero (RTC 1982, 1).

En conclusión, la tesis que ha de prevalecer como jurídicamente correcta es la de la sentencia impugnada, del carácter preceptivo de la referida consulta, dado que, como después se verá, la Comunidad Autónoma del País Vasco, no tenía en el momento de la elaboración del Decreto cuestionado un Órgano consultivo de características similares al Consejo de Estado.

La contradicción con la S 17-2-1988 aparece con carácter menos nítido, pues ésta sostiene el carácter sustituible del dictamen del Órgano Consultivo Estatal por el de las Comunidades Autónomas cuando inserten en su Administración Consultiva un órgano de características semejantes a aquél, cuestión que no aborda directamente la sentencia impugnada, si bien no excepciona este supuesto. Aun entendiendo como más plausible, jurídicamente, la tesis de la sentencia antecedente, que ha venido a ser aceptada por el Tribunal Constitucional en la citada S 204/1992, lo cierto es que los casos no son homólogos, a efectos de la pretendida rescisión de la sentencia impugnada, que declaró nulo, por vicio de omisión del dictamen previo del Consejo de Estado, el Decreto cuestionado. Pues a diferencia de la S 17-2-1988, referida al Decreto 169/1983, de 12 mayo, sobre unidades mínimas de cultivo, de la Generalidad de Cataluña, en que en el procedimiento de su elaboración fueron oídos los Órganos consultivos autonómicos, en la sentencia recurrida este requisito no pudo cumplirse, al carecer la Comunidad Autónoma del País Vasco de Órgano consultivo homolizable con el Consejo de Estado, requisito exigido por la citada sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, a diferencia de las Administraciones Autonómicas de Cataluña y Canarias que, con el mencionado carácter de independencia orgánica y funcional, han constituido, mediante sendas Leyes Autonómicas, Organos consultivos propios, la Comunidad del País Vasco no disponía de tal tipo de órgano de asesoramiento, sin que a estos efectos pueda atribuirse el carácter de tal a la Viceconsejería de Justicia y Desarrollo Legislativo, perteneciente a la Administración activa, aun cuando un Decreto Autonómico le atribuyese el carácter de Centro Superior Consultivo de la Administración Común del País Vasco, según alega el Gobierno Vasco demandante. No se ha acreditado que dicho órgano administrativo se hallase dotado "de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica" dicho en términos de apreciación general y objetiva y con palabras de la S 204/1992 de reiterada cita, y en consecuencia, la nota de sustituibilidad o fungibilidad de ambos dictámenes no es aquí constatable.

En resumen de cuanto antecede, la tesis de la sentencia impugnada ha de ratificarse, como ajustada a Derecho, al declarar la nulidad del Decreto 74/1986, de 18 marzo, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre admisión de alumnos en Centros Públicos y Concertados, por omisión del dictamen preceptivo de la Comisión permanente del Consejo de Estado, nulidad que es la consecuencia jurídica apropiada al apreciarse la concurrencia del motivo invalidante en recurso directo frente al Reglamento autonómico, como es el caso que nos ocupa, y frente a cuya acertada tesis no deben prevalecer las divergentes contenidas en las sentencias invocadas como "antecedentes" por el Gobierno Vasco demandante. Se impone, por tanto, la improcedencia del recurso de revisión por éste promovido, sin dar lugar a la rescisión de la sentencia firme impugnada». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1993, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 342.*)

B) *Publicidad. La falta de publicación en el "BOE" de una circular cuyo contenido integra lo preceptuado en un Reglamento impide otorgar eficacia "ad extra" a la disposición reglamentaria.*

«Se reitera ante esta Sala por la recurrente y hoy apelante, al evacuar el trámite previsto en el artículo 100 de la Ley de esta Jurisdicción la cuestión fundamental en que basa su pretensión anulatoria de las resoluciones sancionadoras, siendo ésta la inexigencia, a su juicio, del Libro de Inspección e Incidencias a que se refiere el artículo 33.1.c) del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar entonces vigente, derivada del hecho de que el expresado Libro, según dicción expresa del precepto normativo a que se ha aludido, debe de serlo en "modelo normalizado que determine la Comisión Nacional de Juego" y en la fecha 30-6-1988, en que se constata la infracción objeto de la sanción, la citada Comisión, no había determinado ni normalizado el Libro de Inspección e Incidencias exigido, aduciendo, además, que si ello se había efectuado mediante la Circular General número 10 del Ministerio del Interior, no lo había sido dado a conocer, al menos con la misma publicidad que la norma que se pretende integrar mediante tal Circular, al no haber sido ésta publicada en el "BOE".

No puede compartirse la alegación referida a la inexistencia de modelo normalizado del Libro de Inspección e Incidencias a que se refiere el artículo 33.1.c) del Reglamento, pues sus características quedaron determinadas por la Circular General número 10 del Ministerio del Interior 30-10-1987. Ahora bien, la recurrente no niega la Circular en cuestión, sino que entiende que la misma carece de eficacia por falta de publicidad adecuada, por cuya razón hay que considerar que la obligación de entrega del citado Libro al titular del establecimiento en donde se instalen las máquinas a que se refiere el artículo 43.6 del Real Decreto 877/1987, de 3 julio, así como, de su correlativa exigencia por parte del titular del establecimiento a la empresa operadora prevista en el artículo 43.7 del mismo Decreto, no configuran la infracción imputada, pues no puede exigirse que se halle en el local donde estén las máquinas instaladas, el Libro de Inspección e Incidencias, si como consecuencia de esta falta de publicidad los destinatarios de la norma desconocen las características y singularidades que el citado libro debe de tener, merced a ser acogida esta alegación, pues el tipo infractor se encuentra incompleto por falta de regulación expresa y publicidad adecuada. No se trata de que el Libro de Inspección e Incidencias pueda ser cualquiera, sino que debe ser precisamente, "en el modelo normalizado que determine la Comisión Nacional de Juego" [artículo 33.1.c)] y no otro, de donde se sigue que el precepto que configura la infracción —artículo 33.1.c) del Reglamento—, precisa para estar completo de la necesidad de una integración normativa, que ha de tener, al menos, la misma publicidad que la de la norma a integrar, para que pueda desplegar su eficacia sancionadora ya que constituye una concreción específica de una previsión reglamentaria contenida en el artículo 33.1.c), tantas veces citado, sin que la no publicación de la Circular número 10 del Ministerio del Interior, de 30 de octubre, que entre otras cosas integra el contenido del precepto por el que se sanciona, pueda tener eficacia "ad extra" sin la obligada publicidad equivalente a la del texto integrado, dado que el principio de publicidad de normas es de inexcusable observancia para la eficacia jurídica frente a los destinatarios y para su exigencia y cumplimiento de su contenido por los mismos y así lo acredita, para el caso aquí enjuiciado, que del mismo modo que la integración del artículo 53 del Real Decreto 593/1990, de 27 de abril, que aprueba el hoy vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, en lo que al Libro de Inspección e Incidencias se refiere, se ha llevado a cabo mediante la Orden Ministerial de 25-7-1990 (RCL 1990, 1552 y 1752), publicada en el "BOE" de 27 de julio, debió de integrarse en su día en el artículo 33.1.c) del Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, vigente en la fecha de detectarse las infracciones imputadas, mediante el dictamen de la correspondien-

te disposición o circular, que en cualquier caso, dado su contenido —en lo que al aspecto aquí enjuiciado se refiere—, integrador de una disposición general de carácter reglamentario, había de publicarse en el “BOE”, y esta falta de publicidad adecuada se traduce en que la mentada Circular al no haberse publicado en el “Boletín”, no surte efectos con plenitud “ad extra”, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones del Estado, careciendo por consiguiente de fuerza de obligar, por cuyas razones procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y con revocación de la sentencia apelada, la que debe dejarse sin efecto, estimar el recurso contencioso-administrativo en su día deducido y anular los actos administrativos objeto de impugnación jurisdiccional, como así lo entendió esta Sala, en la S 12-5-1992 (RJ 1992, 3498), al enjuiciar cuestión equivalente a la que hoy se resuelve». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1992, Sala, 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 893.*)

## II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Naturaleza. Político. Acto del Consejo de Ministros denegando la celebración de un referéndum municipal. No procede declarar la inadmisibilidad del recurso. Enjuiciamiento de la decisión.*

«En cuanto a la excepción de falta de jurisdicción por no tratarse de un acto de la Administración sometido al Derecho administrativo, la cual supone en definitiva la invocación de la doctrina del acto político, debe ser igualmente rechazada.

Ciertamente nuestro ordenamiento sigue acogiendo después de la Constitución la existencia del acto político prevista en el artículo 2.b) de la Ley Jurisdiccional y la jurisprudencia así lo ha reconocido, entre otras decisiones en el Auto de 19-2-1991 y en las anteriores SS 2-10-1987 (RJ 1987, 6688) y 25-10-1990 (RJ 1990, 7972) que cita el representante procesal de la Administración.

Sin embargo la más moderna corriente jurisprudencial y señaladamente el Auto del Pleno de la Sala de 15-1-1993 ha dado de los actos políticos una interpretación distinta, ya que tras aprobarse la Constitución, y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos del control jurisdiccional.

Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional.

Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable. Por tanto no es posible acoger la citada excepción y declarar la inadmisibilidad del recurso, debiendo entrarse por el contrario en el estudio del fondo del asunto.

Para comenzar dicho examen ha de tomarse conciencia de que el acuerdo del Consejo de Ministros denegatorio del referéndum es un acto de carácter híbrido, pues si bien se trata de acto de un alto órgano constitucional que actúa en uso de su voluntad política al autorizar o denegar el referéndum municipal, no es menos cierto que el acto ha dado lugar a un procedimiento administrativo y que para fundamentar su decisión el Gobierno ha utilizado una argumentación en Derecho, motivación del acto que es ahora combatida por la parte actora.

Hay que partir, pues, para resolver en cuanto al fondo de dos consideraciones generales. En primer lugar ha de tenerse en cuenta que el acto del Consejo de Ministros no es una denegación sin más de la celebración del referéndum municipal, sino una denegación en el momento concreto en que fue solicitada, por entender que no se trata del momento procedimental adecuado. En segundo lugar hay que tener presente que son cuestiones distintas que haya sido correcto el juicio del Gobierno en cuanto al fundamento en Derecho, y que el Gobierno se encuentre vinculado por el ordenamiento jurídico a autorizar el referéndum, lo cual es en definitiva el objeto del proceso.

Se está, pues, ante un acto híbrido, un acto de contenido político en cuanto al fondo, en el cual para la formación de voluntad se han utilizado argumentos y fundamentos tomados del ordenamiento jurídico.

Ello podría eximir a la Sala de entrar en el estudio de estos elementos de juicio para pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto. No obstante, se entiende que el estudio de estos elementos jurídicos es obligado en cuanto que son presupuestos de las pretensiones de las partes y por tanto es preciso examinarlos por respeto al artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción, tanto más cuanto que el propio Gobierno los ha utilizado. Ello resulta impuesto por la necesaria coherencia con el nuevo planteamiento de la doctrina del acto político que se expone en el Fundamento Jurídico tercero.

Pues bien, llevando a cabo este examen debe destacarse que los recurrentes parten de una interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1986, de 11 julio, según la cual debe distinguirse entre los Estatutos de Autonomía que contienen un garantía institucional del territorio por lo que la modificación de éste supone modificar la normatividad misma del Estatuto, y Estatutos que no contienen esta garantía, en los cuales el territorio opera como simple delimitación espacial y su modificación no implica modificación de la normatividad. Se razona que, siendo así que a diferencia de otros Estatutos de Autonomía como el del País Vasco, el de Cantabria no contiene garantía institucional del territorio debe deducirse de ello que para la segregación del municipio en cuestión de Cantabria y su agregación al País Vasco, no es necesario un doble procedimiento o un procedimiento con dos fases de segregación de la Comunidad actual y agregación a la nueva, sino que basta la aplicación del artículo 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco cuyas previsiones concluyen con la solución del tema mediante una Ley Orgánica, que es inequívocamente la de alteración provincial prevista a su vez en el artículo 141 de la Constitución.

Esta argumentación no puede aceptarse por la Sala por distintos motivos. En primer lugar, porque por mucha brillantez e ingenio que se derroche utilizando la teoría de la garantía institucional del territorio, sin duda útil a otros efectos, es indudable que las Comunidades Autónomas (todas ellas y no sólo las que tienen esa garantía en su Estatuto) son entes territoriales. En ellas el territorio es un elemento esencial y su modificación incide en la conexión entre la realidad ordinal y la fáctica. Ello lleva a concluir que no puede alterarse el territorio sin modificación del ordenamiento estatutario específico, y menos aún contra la voluntad o sin la voluntad de un ente como la Comunidad Autónoma afectada, dotada de autonomía política.

En segundo lugar ha de tenerse en cuenta, como recuerda acertadamente el representante procesal de la Administración, que la propia sentencia del Tribunal Constitucional citada, afirma que indirectamente, mediante referencia a sus límites actuales los Estatutos de las Comunidades Autónomas fijan su territorio, lo que a falta de previsión expresa comporta en caso de modificación de ese territorio una revisión formal del Estatuto.

Ha de concluirse por tanto que la fundamentación en Derecho del acuerdo del Gobierno era correcta, debiendo distinguirse dos procedimientos o fases del procedimiento de segregación del municipio de una Comunidad Autónoma y



agregación a otra, por lo que el momento en que se solicitó el referéndum no era el momento procedimental adecuado.

Ello no significa que el artículo 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco no sea aplicable. Por el contrario debe entenderse que es plenamente aplicable como parte del ordenamiento jurídico, pero ello, cuestión distinta de que sea el único precepto aplicable. Dicho Estatuto forma parte del ordenamiento jurídico del Estado español a tenor del artículo 147 de la Constitución, pero simultáneamente forman parte de este ordenamiento otros Estatutos, debiendo mantenerse por el Gobierno y los demás altos órganos constitucionales la correspondiente coordinación política y jurídica entre las Comunidades Autónomas.

Aunque esta situación pueda dar lugar a dificultades interpretativas dada la redacción del texto de los respectivos Estatutos, dichas dificultades deberán salvarse eventualmente en su momento en un esfuerzo hermenéutico que tenga en cuenta los diversos tratamientos del territorio en la vigente Constitución Española, los intereses autonómicos, y la subsistencia de la provincia como circunscripción territorial del Estado que se desprende del artículo 141 de la Constitución.

Sin embargo, como se ha dicho, son cosas distintas la fundamentación jurídica de la voluntad política del Gobierno al denegar el referéndum, y la vinculación que establece el ordenamiento respecto a la autorización del referéndum citado, siendo este último extremo al que se refiere centralmente el proceso.

En cuanto a este punto ha de considerarse que la autorización del referéndum y lógicamente su denegación son actos de contenido político en cuanto al fondo, realizados por un alto órgano constitucional. Al efecto la Sala no comparte la tesis del Abogado del Estado en el sentido de que no es aplicable la Ley Orgánica 2/1980 sobre Modalidades de Referéndum, pues es cierto que la Ley no regula el referéndum municipal y también es cierto que la regulación del mismo no está prevista en el artículo 92 de la Constitución. Con todo debe afirmarse asimismo que el único elemento de regulación del referéndum es el artículo de la Ley citada que exige para celebrarlo autorización del Gobierno.

Justamente porque no existe una regulación detallada del referéndum sino sólo la previsión de que debe ser autorizado por el Consejo de Ministros, no hay en nuestro ordenamiento una vinculación al efecto de la voluntad política del Gobierno mediante elementos reglados que establezca la Ley, por lo que falta por tanto la base necesaria para que se ejerza el control jurisdiccional.

Pues en definitiva no podía entenderse la vinculación más que como lo hace la parte actora, es decir, como una supuesta obligación del Gobierno de atenerse a lo dispuesto en el artículo 8 del Estatuto del País Vasco y autorizar el referéndum sin incorporar voluntad política ninguna. Ello no se sustenta sino en una invocación de la autonomía municipal y en una cita de la doctrina científica que, aunque respetable, no forma parte del ordenamiento jurídico.

A la vista de cuanto se ha dicho la Sala llega a la convicción de que sin perjuicio de rechazar la inadmisibilidad y entrar en el estudio del fondo del asunto, y sin perjuicio de pronunciarse también sobre los fundamentos de derecho invocados al dictar el acto, la voluntad política incorporada al contenido de la denegación del referéndum no es controlable judicialmente. En consecuencia este Tribunal Supremo se excedería de su misión constitucional accediendo a la petición de que el mismo Tribunal autorizase directamente el referéndum. La jurisdicción no puede sustituirse en la voluntad política del Gobierno, ni suplantarse las sedes de exigencia de eventual responsabilidad política donde quizás podría debatirse el asunto, como se desprende de la incorporación al expediente de la proposición no de norma de la Junta de Vizcaya y la proposición no de ley del Parlamento Vasco.

Todo ello conduce a que deba desestimarse el recurso interpuesto, no acogiendo las peticiones del suplico de la demanda y declarando conforme al ordenamiento jurídico el acto recurrido». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 457.*)

B) *Ejecutividad*

1. *No procede la suspensión de un Plan urbanístico aprobado en contra del informe vinculante del MOPU sobre cumplimiento de la Ley de Costas cuando el propio Plan proclama que su ejecución debió respetar dicha Ley.*

«Se impugna en los autos principales de los que deriva la presente pieza de suspensión la aprobación definitiva, llevada a cabo el 7-11-1989, del Plan General de Ordenación Urbana de Alaior. Interesada la suspensión de la ejecución de la referida resolución administrativa, la Sala de instancia, en el Auto objeto de la presente apelación, ha acordado la indicada suspensión "en la parte que dicha aprobación afecta al dominio público marítimo-terrestre estatal y limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos del mar". Hay que decir que la impugnación judicial de la aludida aprobación definitiva ha sido planteada por la Abogacía del Estado fundamentalmente por entender que el Plan General en cuestión se ha aprobado a pesar de que el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo emitió en sentido desfavorable a tal aprobación el informe preceptivo y vinculante que a la Administración del Estado corresponde emitir sobre el incumplimiento de las disposiciones de la Ley de Costas por parte de los Planes de Ordenación territorial o Urbanística y del litoral.

Para pronunciarse en relación con las cuestiones planteadas en esta apelación interesa señalar que por la Abogacía del Estado se solicitó la suspensión de que se trata por entender que la "ejecución del Plan General causará daño al Estado, grave y de imposible o difícil reparación, y cuando así sucede procede, según el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, su suspensión". Por su parte la Sala de instancia pone de relieve en su Auto que la suspensión que acuerda no viene sino a confirmar un criterio uniforme de la Sala en la materia de que se trata. Y la Comunidad Autónoma apelante argumenta en su escrito de alegaciones diciendo que la finalidad de interés general que preside las argumentaciones del Auto que acuerda la suspensión tiene mecanismos jurídicos previstos en la propia legislación sectorial de costas que aseguran para la Administración del Estado la consecución de aquel objetivo, sin necesidad de superponer una suspensión judicial del planeamiento.

Preciso es tener presente asimismo en el supuesto enjuiciado que según resulta del acta en la que tuvo lugar la aprobación definitiva de que se trata, ésta se acordó con las prescripciones contenidas en aquélla, una de las cuales es la de que en desarrollo del Plan General de Ordenación en cuestión se deberá cumplir con las determinaciones de la Ley 22/1988, de 28 julio, de Costas. Siendo esto así, y como el motivo fundamental tenido en cuenta por la Abogacía del Estado para solicitar la suspensión discutida ha sido, como ya quedó señalado, el de que la ejecución del Plan causará al Estado graves daños por la inobservancia de las disposiciones de la Ley de Costas, al haberse acordado, en el acto administrativo de cuya suspensión se trata, que en la mencionada ejecución se tendrá en cuenta la normativa de dicha Ley de Costas, obligado es entender que no concurren las causas alegadas para la solicitud de suspensión en cuestión, causas en las que se ha apoyado el Auto recurrido, por lo que procede la estimación del recurso de apelación planteado». (*Auto de 9 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 9313.*)

2. *Destaca la prudencia con que debe recurrirse a la teoría del "fumus boni iuris" y a la existencia de nulidades de pleno derecho. Contiene referencias a la Ley 30/1992.*

«Este Tribunal ha abordado, en múltiples ocasiones, las alegaciones de nulidad de pleno derecho del acto impugnado como causa esgrimida para conseguir su sus-

penión, al amparo del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo en su entronque con el 122 de la Ley de la Jurisdicción. Por no citar sino los más recientes, en Autos de 6 marzo y 17 de octubre de 1990 (RJ 1990, 1953 y 8140), 3 de enero y 13 de octubre de 1991 (RJ 1991, 494); 11 de marzo, 30 de septiembre y 10 de octubre de 1992 (RJ 1992, 3271 y 6995); en los cuales hemos venido sosteniendo que esta alegación, que siempre supone una clara invitación a entrar con mayor o menor profundidad en el fondo del asunto que se debate, debe presentar una nulidad que sea ostensible, patente, evidente a todas luces, para que pueda ser considerada causa de suspensión del acto. En el caso que nos ocupa no se dan estas circunstancias por lo que la más elemental prudencia aconseja eludir el fondo del asunto que viene tan profusamente expuesto en el escrito de alegaciones de la parte apelante, que más parece un escrito de demanda, y que debe ser resuelto en sentencia tras el recorrido procedimental que las partes estimen oportuno. En cuanto a la doctrina del “*fumus boni iuris*” —alegada cada vez con más frecuencia y con mayor sentido extensivo— también hemos dicho recientemente [Auto de 9-11-1992 (RJ 1992, 8750)] que la apariencia de buen derecho, que constituye la “*ratio essendi*” de la misma, ha de ser examinada con extrema cautela para no incurrir en equívocas incursiones en el fondo del asunto. Las alegaciones sobre la larga duración de los procesos; la supuesta confrontación entre el artículo 24 de la Constitución y el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la supuesta crisis de la invocación del “*interés público*”, etc., no pueden dar lugar a que una tramitación simple, sin siquiera período de prueba, en una pieza separada, pueda, casi, dilucidar anticipadamente el fondo del asunto, sustrayéndolo en cierto modo del espacio procesal en que ello debe hacerse. No debe dejarse de tener en cuenta estas dos consideraciones que como ha dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia de 4-7-1990 (RTC 1990, 101), la garantía que constituye el artículo 24 de la Constitución no es predicable sólo de quienes instan la tutela judicial, sino también de aquellos que pueden concurrir a los distintos procesos judiciales como parte legítima en condición de apelada o en cualquier otra de las legalmente previstas; otra cosa resultaría contraria al principio de igualdad de las partes y a la contradicción que en aras de la defensa de las distintas pretensiones debe presidir los procesos; y que la *novísima* Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26-11-1992 que entrará en vigor a últimos de febrero de este año, mantiene las causas de suspensión del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional; las causas de nulidad de pleno derecho —aunque ampliadas— del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo invoca la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada (arts. 61, 111 y 138). Finalmente en aplicación de esa doctrina del “*fumus boni iuris*”, el examen de todos los datos aportados a esta pieza separada de suspensión no nos permiten apreciar con la claridad y probabilidad, mínimamente exigibles, esa apariencia de buen derecho que justificaría una suspensión del acto administrativo impugnado postulada por este último apelante en esta instancia. Procede por ello la desestimación del recurso de apelación entablado contra el auto denegatorio de la suspensión dictado en la instancia». (*Auto de 9 de febrero de 1993, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 523.*)

### C) *Revisión de oficio*

1. *Doctrina general sobre la misma. Considera improcedente que la jurisdicción entre a conocer del acto o disposición cuya revisión de oficio ha sido denegada por silencio, debiendo pronunciarse la Administración previo dictamen del Consejo de Estado. Se exceptúa el supuesto en que se aprecie ostensiblemente la falta de motivos de nulidad radical.*

«La acción de nulidad se ha configurado, en la exégesis del artículo 109 citado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, como autónoma, diversa de los re-

cursos en cuanto a plazo preclusivo de impugnación, y distinta también de la mera denuncia y de la petición graciable de los particulares; se trata aquí de un medio impugnatorio de propias características que vincula, en principio, a la Administración autora del acto declarativo de derechos o del Reglamento a iniciar un procedimiento revisorio, seguirlo por sus trámites y concluirlo mediante la adecuada resolución expresa, que habrá de ser concordante con el sentido del dictamen previo y preceptivo del Consejo de Estado, dada la naturaleza obstativa de esta consulta. Ha de añadirse, de una parte, que esta resolución finalizadora del procedimiento revisorio es susceptible de control jurisdiccional en vía Contencioso Administrativa, y por otro lado, que la nulidad absoluta predicable de las normas reglamentarias se somete al mismo régimen jurídico, que aquí no se excepciona por el artículo 153 de la Ley General Tributaria, bien que con la matización procedimental de la aplicación, en lo pertinente, de la regulación contenida en la vieja y aún vigente Orden 12-12-1960. La Jurisprudencia ha entendido que en los supuestos de total inactividad en que la Administración, frente a la acción de nulidad del particular, daba lugar a denegación presunta por silencio, así como en los casos de resolución expresa denegatoria que, de una forma u otra, rechazaba la petición de nulidad y no la sometía al trámite previsto en el artículo 109, de audiencia de los afectados y dictamen preceptivo y vinculante (en rigor cuasi-vinculante) del Alto Cuerpo Consultivo, ha entendido que lo procedente, una vez recurridos en vía Contencioso Administrativa estos actos administrativos denegatorios, no era el examen directo de la validez del acto o de la norma o de su pretendida nulidad radical sino el que la Administración sometiese la petición o acción al procedimiento formal revisorio que dice el precepto, recabado el dictamen del Consejo de Estado y resolviendo en consecuencia. Una solución contraria, como la adoptada por la sentencia ahora impugnada, no encuentra apoyo en el principio de tutela judicial efectiva ni en el de economía procesal, pues no nos hallamos en presencia de impugnaciones frente a actos administrativos sobre los que se cuenta ya con elementos de juicio para, sobreponiéndose a un entendimiento formalista del carácter revisor de esta jurisdicción, enjuiciar su validez, ni frente a pretensiones resarcitorias puras y simples, en las que alguna antigua Sentencia, como la de 16-11-1974 (RJ 1974, 4364), superó la ausencia de trámites —y entre ellos el del informe del Consejo de Estado— para decidir el fondo, es decir, si procedía o no indemnización para reparar la lesión ocasionada a los particulares, pues se trata de un supuesto, el ahora analizado, en que la acción de la nulidad que en sí comporta un cierto régimen privilegiado, pues en lo concerniente a Reglamentos, permite disponer de una amplia panoplia de posibilidades de impugnación al coexistir la acción directa y la indirecta del artículo 39 de la Ley Jurisdiccional, en sus apartados 1 y 2, con esta acción autónoma de nulidad que sin sujeción a plazo abre el artículo 109, vincula a la Administración a poner en marcha su potestad revocatoria, pero no permite que, amparándose en el silencio administrativo negativo o en soluciones administrativas de rechazo inicial de la petición de nulidad se abra para los ciudadanos una vía de recurso contencioso administrativo frente a Reglamentos, sin previo pronunciamiento administrativo. Desde el plano institucional, el objeto del proceso debe ser aquí el propio juicio formulado por la Administración activa sobre la revisabilidad del acto o disposición general y su eventual nulidad radical, y no directamente el acto o reglamento del que se pretende esta máxima categoría de invalidez. El régimen privilegiado de la acción de nulidad tiene la contrapartida de esta limitación procesal, como también tiene, en el seno del procedimiento administrativo y del ulterior control judicial, la posible utilización del límite o excepción contenido en el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que da prevalencia al principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad al impedir de forma tajante las facultades de anulación y revocación (“no podrán ser ejercitadas”, dice el precepto) cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio pugna con la equidad, el dere-

cho de particulares o las leyes. Así, pues, en principio, y teniendo en cuenta el acto objeto directo del recurso al que puso fin la sentencia impugnada en revisión, es decir, la denegación presunta por silencio del Consejo de Ministros, al que "Seat, S. A.", se dirigió en escrito de 14-3-1989 (a través del Ministerio de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno), en petición de que inicie los trámites oportunos para la declaración de nulidad del Real Decreto 1313/1984, de 20 junio, recabando el preceptivo informe del Consejo de Estado para proceder en su día a declarar aquélla, el pronunciamiento judicial adecuado, en concordancia con la tesis de las sentencias "antecedentes" invocadas por el Abogado del Estado debió ser no el adoptado por la sentencia cuya rescisión se pretende, de entrada directa en el examen de fondo de la nulidad del citado Real Decreto, sino el de ordenar a la Administración demandada que siga los trámites del artículo 109 y resuelva sobre la pretensión de nulidad que fue promovida por dicha Sociedad. Esta tesis es la jurídicamente correcta, sostenida en las sentencias citadas por el Abogado del Estado demandante, y por las que la propia "Seat, S. A.", adujo en su escrito de demanda, tales las de 10-12-1984 (RJ 1984, 6091) y 29-12-1986 (RJ 1987, 1571), matizando esta última que las denegaciones de sumisión a trámite de dicha acción de nulidad "sólo cabría aceptarla como correcta si la petición formulada, con absoluta evidencia y sin necesidad de análisis alguno, careciere de un fundamento hipotéticamente razonable", matización esta última que no concurre en el caso examinado.

Así las cosas, no cabe desconocer que junto a dicha resolución presunta se produjo decisión expresa desestimatoria de la petición de nulidad, por entender el Ministerio de Economía y Hacienda, con base en el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que si en principio la Administración activa no aprecia la concurrencia de causa de nulidad absoluta no ha de concluirse el procedimiento ni recabar el dictamen del Consejo de Estado. Aunque se considerase como objeto del proceso seguido ante la Sala 3.<sup>a</sup>, finalizado por la sentencia aquí impugnada, el contenido de dicha resolución ministerial, lo cierto es que la conclusión antes alcanzada permanece inalterable, pues nos encontraríamos ante una Resolución administrativa que cierra el procedimiento revisorio y que, radicada en sede jurisdiccional, no permite el examen directo del fondo sino, de entender que la nulidad argüida pudiera tener suficiente fundamento lo procedente sería, conforme a la tesis jurisprudencial que se estima correcta y antes citada, el anular tal resolución y disponer en su lugar que la Administración prosiga el trámite, sometiéndolo al asunto a la consulta vinculante del Alto Cuerpo Consultivo, pues sólo tras la emisión de su dictamen, que opera como garantía esencial, se hallará la Administración activa en condiciones de emitir un pronunciamiento fundado y razonable sobre la nulidad pretendida, máxime cuando tal dictamen desfavorable le impide ya cualquier pronunciamiento sobre tal nulidad (artículo 5.9 de la Orden 12-12-1960). Ahora bien, conviene puntualizar que la tesis de la citada Resolución de 24-10-1989, del Ministerio de Hacienda, no se rechaza aquí o no debe ser rechazada en términos absolutos, pues si en la fase que cierto sector de la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo han calificado como de "revisión informal", la Administración activa impulsora del procedimiento del artículo 109 apreciase, con razonable fundamento y motivación, que no existe en modo alguno, de manera ostensible e indubitada, motivo alguno de nulidad radical que conduzca a la pretendida declaración de nulidad, nada le impide resolver denegando la prosecución del trámite, sin someter a la consulta del Consejo de Estado una petición de nulidad carente de la más mínima base, ya que de lo contrario se convertiría al Alto Cuerpo Consultivo en Órgano a disposición de los particulares ejercitantes de dicha acción y no del Gobierno y de la Administración, en la línea de las SS de 20 de febrero y 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 972). Pero no es éste el caso en examen, dada la cuestión sobre la cobertura legal o no del Decreto de constante cita, y las divergentes apreciaciones que sobre su fundamentación efectuaron el Ministerio de Hacienda y la sentencia

impugnada, sin que aquél justificase la omisión del examen previo sobre el motivo de nulidad del carácter de Reglamento ejecutivo o no de dicho Decreto y de su previo dictamen por el Consejo de Estado.

En conclusión de lo que antecede, y constreñidos al primer motivo del recurso excepcional de revisión formulado por la Abogacía del Estado, ha de estimarse como doctrina jurisprudencial correcta de las dos aquí contrastadas la de las sentencias antecedentes, lo que determina la íntegra rescisión de la sentencia impugnada en cuanto decide en contradicción con aquélla, y a tal efecto procede declarar que la Administración, por medio del Órgano que venía sustanciando el procedimiento revisorio, es decir, el Ministro de Hacienda como proponente del Real Decreto cuya nulidad absoluta postula, continúe tramitando la acción de nulidad ejercitada con base en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a cuyo efecto recabará el oportuno dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado para, una vez emitido, y en consonancia con el mismo, elevar, en su caso, la pertinente propuesta de resolución al Consejo de Ministros». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1992, Sala Especial, Revisión, Ar. 10673.*)

## 2. Acción de nulidad. Límites para su ejercicio derivados del artículo 112 de la LPA.

«Que si bien es cierto que los preceptos mencionados de la antigua y de la moderna Ley del Suelo exigían para el supuesto de autos la subasta pública, pues ésta constituye el procedimiento ordinario de enajenación de bienes de entidades locales, y así lo establece expresamente el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 13-6-1986, no menos cierto es que la infracción de tales preceptos por el propio Ayuntamiento demandado no implica en todo caso una nulidad de pleno derecho del referido acto administrativo y de los posteriores de los que trae causa, pues los supuestos de nulidad de pleno derecho sólo se dan determinados y tasados en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (y algunos supuestos excepcionales señalados por la propia Ley) y aunque el supuesto de autos pudiera incardinarse en el artículo 47.1.c) “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, sin embargo, dada la fecha de la concesión del derecho de superficie hace más de veinticinco años, constituido mediante escritura pública inscrita en el Registro de Propiedad, cuyo derecho fue adquirido por persona que tiene la condición de tercero hipotecario —artículo 34 de la Ley Hipotecaria— la pretendida nulidad de pleno derecho, y en su consecuencia la facultad de su declaración tanto en vía administrativa —artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo— como en vía Jurisprudencial —y aunque tal nulidad puede declararse incluso de oficio—, tiene un límite señalado en el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado que al anular un acto administrativo declarativo de derecho o a favor de los particulares, entran en conflicto los dos principios básicos de todo ordenamiento jurídico: el de la seguridad jurídica y el de la legalidad, exigiendo el primero que se ponga un límite a la facultad de revisión de oficio y consiguientes impugnaciones de actos o disposiciones administrativas amparadas por la presunción de legitimidad y cuando se llega a ese límite hay que dar eficacia y consagrar la situación existente, principio de seguridad que tiene un valor sustantivo y puede ser alegado y opuesto por las partes litigantes y estimado incluso de oficio, pues el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que las facultades de anulación y revocación no pueden ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes —STS 7-6-1982 (RJ 1982, 3616)— precepto éste del artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo aplica-

ble no sólo por la Administración, sino también por los Tribunales en vía de recurso administrativo o jurisdiccional —SSTS 7-6-1982 y 18-10-1982 (RJ 1982, 6389)— pues aunque las acciones de nulidad pueden ejercitarse en cualquier momento, ello no quiere decir que sean rígidamente imprescriptibles o eternas dado el límite genérico contenido en la cláusula del artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo, circunstancias estas que llevan a desestimar la nulidad de pleno derecho del mentado acto administrativo». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1993, Sala, 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 782.*)

3. *Proceso de lesividad. Es preciso que el acto cuya nulidad se predica no se acomode al ordenamiento jurídico. No basta con alegar y demostrar su oposición a los intereses públicos.*

«Por el Ayuntamiento de Deba (Guipúzcoa), se recurre en apelación la sentencia dictada por la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que desestima su recurso contencioso-administrativo en procedimiento especial de lesividad de determinados acuerdos y actos relacionados con la expropiación del "Palacio Aguirre —o Valmar— Jardines circundantes y bienes muebles y obras de arte en él existentes". La sentencia apelada, desestima el recurso por entender que en el presente caso, la pretendida nulidad por lesividad no se basa en infracción alguna del Ordenamiento Jurídico pues tratándose, como se trata, de una expropiación basada en el interés histórico-artístico del Palacio Aguirre o Valmar de dicha localidad de Deba, encajable en las Normas Subsidiarias de Planeamiento de ésta y tramitada con arreglo a las prescripciones de la Ley de Expropiación Forzosa, la Sala de instancia no encuentra infracción del Ordenamiento legal o reglamentario, sino que considera basado el acuerdo municipal de lesividad en meras razones de oportunidad, que no tienen encaje en el supuesto de lesividad previsto en el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por la parte actora y apelante, se discrepa de la sentencia apelada, reiterando equivalentes argumentos aducidos en la fase de instancia, referidos, en síntesis, a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el artículo 56 de la Ley Jurisdiccional, el recurso de lesividad puede interponerse no sólo en base a infracción del ordenamiento legal o reglamentario, como parece desprenderse de la sentencia recurrida, sino que la posibilidad de revisión de oficio de los actos de la Administración se extiende al acto administrativo susceptible de ser declarado "lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza". Así pues, se dice, cabe amparar la lesividad en la justificación de los graves perjuicios económicos que se irrogarían a la administración actuante de continuar con el expediente expropiatorio. En este sentido, y en contra de la opinión sostenida por la sentencia de instancia se postula que la justificación para no seguir adelante con el expediente expropiatorio va más allá de las meras razones de oportunidad, que encuentra su justificación, al igual que se entiende por la Sentencia de este Tribunal Supremo de 10-10-1986, en la lesión económica que para el Ayuntamiento se derivaría de la continuación del expediente expropiatorio al carecer de disponibilidades financieras para hacer frente al eventual justiprecio a la vista de las pretensiones económicas de la propiedad.

En el presente contencioso, y basado en el procedimiento de lesividad, el Ayuntamiento de Deba formula demanda solicitando la anulación de sus acuerdos referentes a la expropiación del Palacio de Aguirre o Valmar de fechas 26-6-1986 (por el que se procedió a aprobar el Proyecto de restauración del Palacio de Aguirre o Valmar, redactado por los Arquitectos señores A. y Q., aprobándose, inicialmente, la declaración de utilidad pública e iniciar el expediente de expropiación forzosa y necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados por dicho proyecto, así como, solicitar del Gobierno Vasco, la declaración de urgen-

cia de la expropiación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, y someter a trámite de información pública la relación de bienes y derechos afectados) 25-9-1986 (por el que se aprueba la relación definitiva de bienes afectados y atendida la reclamación formulada por la propiedad, incluir como bienes y derechos también afectados, con independencia del Palacio de Aguirre o Valmar, los Jardines y terrenos circundantes, por formar un conjunto armonioso con el Palacio e integrantes dentro del conjunto del inmueble, e igualmente, la inclusión de los bienes muebles y obras de arte existentes en el Palacio) y 9-2-1987 (acta de ocupación y toma de posesión de los bienes y derechos afectados, por la Corporación expropiante). La demanda está basada en los artículos 56 y concordantes de la Ley Jurisdiccional por cuanto se considera que llegándose a las hojas de aprecio y valoración, el coste económico de la expropiación, junto al de la reestructuración del edificio, que superaría el total de 200 millones de pesetas, resulta altamente lesivo para los intereses municipales, por no contar con consignación presupuestaria, tener que desatender otras prestaciones de carácter colectivo preferente, y no haber obtenido ayuda o subvención de la Diputación de Guipúzcoa, ni del Gobierno Vasco, todo lo cual le condujo a adoptar el Acuerdo de 5- 5-1987, declarando lesivos los acuerdos antes referidos cuya ratificación jurisdiccional postula. La propiedad se opone a tal pretensión indicando, básicamente, que es doctrina sentada por el Tribunal Supremo que para que la declaración de lesividad prospere en vía jurisdiccional, se precisa no sólo la mera actividad declarativa, sino que los acuerdos vulneren alguna norma del ordenamiento jurídico ya que este tipo de declaraciones constituye una excepción frente a la regla general de la validez de los actos administrativos, solicitándose, subsidiariamente, indemnización de daños y perjuicios por cuanto se entiende que con la ocupación efectiva llevada a cabo la finca sufrió determinados menoscabos jurídicos y físicos.

La doctrina que se cita en la sentencia apelada —Sentencias de este Tribunal Supremo de 17 febrero y 22 mayo 1986 (RJ 1986, 1592 y 3333)—, referida a la posibilidad de que las entidades locales puedan revisar de oficio sus propios actos y pretender su anulación ante la Jurisdicción, previa declaración de lesividad para los intereses públicos de carácter económico o de cualquier otra naturaleza en virtud de las facultades que les otorga el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 56.1 de la Ley de esta Jurisdicción, por ser una excepción al principio general de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, tal facultad ha de ser interpretada de forma restrictiva, siendo preciso que aquella actuación viole alguna norma o infrinja preceptos normativos. La pretensión del Ayuntamiento de Deba, no es acorde a Derecho, toda vez que para que una pretensión vaya dirigida a dejar sin efecto un acto propio, resulta ineludible el que se fundamente, inicialmente, y se acredite después, en el curso del proceso, que el acto o actos cuya nulidad se predica y que han sido declarados previamente lesivos, no se acomodan al ordenamiento jurídico que los ampara, por cuya razón no se pueden dejar sin efecto en vía jurisdiccional, aun cuando fuesen perjudiciales para los intereses públicos, sin que los mismos contravengan la normativa que los sustentaron, y en base de la cual se adoptan porque el éxito judicial del proceso de lesividad ha de quedar subordinado a la necesidad de que impliquen una lesión jurídica y otra económica, si bien la moderna doctrina ha matizado esta última exigencia, entendiéndola suficiente el requisito de la lesión económica, como legitimadora de la lesividad cuando se produzca la "lesión al interés público" mas sin excluir el requisito de la lesión jurídica, pues en el carácter del proceso de lesividad no se acentúa la pretensión revocatoria de los actos acordados con fundamento en la normativa legal o reglamentaria aplicable, sino que la naturaleza del proceso especial de lesividad, es la de una pretensión de anulación ante el Juez, de tales actos, por lo que no habiendo en los que aquí se pretenden sean anulados, vulneración del ordenamiento jurídico —al menos la parte demandante no lo aduce y este Tribunal no lo aprecia—, la posible carga



económica que la expropiación acordada, y en trámite de materialización total, pueda ocasionar al Ayuntamiento de Deba, no puede entenderse como causa suficiente para la anulación pretendida, sin la inexcusable concurrencia de un defecto, vicio o infracción legal reglamentaria, que pueda amparar la nulidad postulada. La mera formulación de carencia de medios insuficiencia de las dotaciones presupuestarias para llevar a término la expropiación acordada, no puede ser por sí sola causa suficiente generadora de la anulación de los actos expropiatorios postulada por el Ayuntamiento de Deba, pues cuando adoptó el acuerdo expropiatorio y los actos posteriores de ejecución debió prever la carga económica que el desplazamiento coactivo de la propiedad llevaba aparejada como elemento previo determinante de acuerdo expropiatorio y sin suficiencia de medio; no debió acordar los actos que ahora pretenden se anulen, aun cuando ello no resulte de razones de mera oportunidad sino por carencia apuntada de medios económicos para su ejecución.

En el caso aquí enjuiciado lo que en realidad se produce es un desistimiento expropiatorio, mas como dijo la Sentencia de esta Sala de 2-6-1989 (RJ 1989, 4308), no es posible desistir una expropiación ya consumada por haberse producido la ocupación material del bien expropiado o por haberse fijado el justiprecio, ya que entonces surge un derecho subjetivo del expropiado que puede quedar vulnerado con un desistimiento, beneficiario de la expropiación, en razón a que por otra parte se conculcaría además lo dispuesto en artículo 6.2 del Código Civil, referido a que la renuncia de los derechos reconocidos por las leyes sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros, y esto último es lo que acontecería en el presente caso si se admitiese la anulación postulada y se dejasen sin efecto acuerdos expropiatorios combatidos, pues el Ayuntamiento recurrente acude a la vía de la lesividad al ir contra sus propios actos, ante la irrevocabilidad absoluta en nuestro sistema jurídico de los actos declarativos de derecho por la vía o camino de la autorrevocación, procediendo en razón de cuanto se viene exponiendo la desestimación del recurso de apelación deducido por el Ayuntamiento de Deba y la confirmación de la sentencia apelada». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1913.*)

### III. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) *Competencias. Materia defensa del consumidor. Nulidad de sanción por haberse tramitado por la Administración estatal, que carece de competencias ejecutivas.*

«El Abogado del Estado se opone a que la materia a la que el presente proceso se refiere pueda entenderse que es objeto de transferencia a la Comunidad Autónoma de Madrid. Defiende, en síntesis, que un concepto es la materia de disciplina del mercado (hoy superado y sustituido por el de protección al consumidor) y otro bien distinto la producción agroalimentaria. La disciplina del mercado se actuó por el entonces Ministerio de Comercio, y hoy por el de Sanidad y Consumo; mientras que la producción agroalimentaria se actuó, desde antiguo, por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Las infracciones en materia de defensa de la calidad de la producción agroalimentaria se encuentran reguladas en el artículo 4 del Real Decreto 1945/1983, en aplicación del cual el Consejo de Ministros ha impuesto la sanción a que se refiere el presente recurso. Pues bien, en opinión del representante de la Administración, esta materia no ha sido objeto de transferencia a la Comunidad Autónoma de Madrid, sino que es una competencia mantenida por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, advirtiendo

que el acuerdo anexo al Real Decreto 2376/1984, sólo alude a actuaciones realizadas a través del Ministerio de Sanidad y Consumo, pero no del de Agricultura, Pesca y Alimentación. La Sala entiende que el problema así planteado, no puede resolverse atendiendo a una distribución de las competencias del Estado entre los distintos Departamentos ministeriales, sino definiendo y acotando cuál es la materia realmente transferida a la Comunidad Autónoma de Madrid. Como se ha dicho anteriormente, el Estatuto de Autonomía atribuye a esta Comunidad Autónoma la función ejecutiva en materia de defensa del consumidor. El artículo 51 de la Constitución, en su apartado primero, señala que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Para desarrollar este precepto constitucional se promulgó la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuya disposición final segunda, declara aplicable, en materia de infracciones y sanciones, el Real Decreto 1945/1983. Esto quiere decir, que transferidas a la Comunidad de Madrid, las funciones atribuidas a la Administración del Estado respecto a las infracciones administrativas en materia de disciplina de mercado (con la propuesta, en su caso, al Consejo de Ministros) debe estimarse que se le han transferido las competencias relativas a las infracciones que se cometan dentro de su ámbito territorial en materia de defensa del consumidor, pues éste es el ámbito objetivo de sus facultades de acuerdo con el Estatuto de Autonomía. En el caso aquí enjuiciado, la infracción sancionadora consiste en el hecho de que en las muestras tomadas de una partida de 18.000 kilogramos de queso de leche de oveja, en la fábrica que “Industrial Quesera Española, S. A.”, tiene establecida en Alcobendas (Madrid), Carretera de Madrid a Irún, kilómetro 15,400, del análisis practicado se desprende la presencia de leche de vaca y de cabra en la composición del mismo, constando en su etiquetado estar elaborado con leche de oveja exclusivamente. Por tanto, como el producto analizado objeto de infracción está destinado de modo directo al consumo humano, la Administración, al sancionar dicha infracción está protegiendo los legítimos intereses económicos del consumidor —artículo 51, ya mencionado de la Constitución y artículo 2.1.b) de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios—. La materia ha de encuadrarse en el concepto “defensa del consumidor”, sobre el que ejerce su competencia la Comunidad Autónoma de Madrid, según su Estatuto de Autonomía. En este sentido debe interpretarse la transferencia de competencias realizada por el Real Decreto 2376/1984, de 26 diciembre, independientemente, del precepto del Real Decreto 1945/1983, en que se incardine la infracción y del Departamento ministerial que haya instruido las actuaciones. En su virtud, la infracción descubierta en la elaboración de queso de oveja y la sanción impuesta en el caso enjuiciado son materias que se encuadran en el concepto de “defensa del consumidor”, por lo que respecto a ella, tiene vigencia la transferencia de competencias realizada a favor de la Comunidad Autónoma de Madrid por el Real Decreto 2376/1984, de 26 diciembre, ya citado. En el mismo sentido, en relación con infracciones cometidas en la elaboración respecto de quesos de oveja, se han pronunciado ya las Sentencias de este Tribunal Supremo de 31 octubre y 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8387 y 8646), lo que comporta el rechazo de las alegaciones a este respecto formuladas por el señor Abogado del Estado.

Expuesto lo anterior, se advierte que todo el expediente sancionador administrativo tramitado en las actuaciones, de las que se deriva el presente recurso, lo ha sido por órganos de la Administración del Estado, incluida la propuesta de sanción, sin que en ningún momento se produjese la actuación o intervención de Órganos de la Comunidad Autónoma de Madrid, que era la competente para tramitar las actuaciones y formular propuesta de sanción, al haberse cometido los hechos denunciados y objeto de recurso, en la provincia de Madrid. La infracción de las normas del Estatuto de Autonomía de Madrid y del Real Decreto 2376/1984 (de transferencias) determina la nulidad de actuaciones, pues aun cuando el

acuerdo sancionador del Consejo de Ministros, no pueda ser considerado como un acto dictado con manifiesta incompetencia (artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), no es menos evidente que el procedimiento se ha infringido el criterio esencial de distribución de competencias atinentes al ejercicio de la potestad sancionadora en materia de defensa del consumidor entre las Administraciones estatal y la autonómica, encontrándonos, pues, ante un vicio procedimental, que aun como de simple anulabilidad, no sería susceptible de convalidación, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4-10-1985 y de las de este Tribunal Supremo de 31 octubre y 12 noviembre 1991, ya anteriormente citadas. Tampoco cabe entender que se ha producido una convalidación del vicio de incompetencia, conforme al artículo 53.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por no existir entre la Administración autonómica y la estatal la relación de jerarquía contemplada en dicha norma; todo lo cual conduce a la procedencia de estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil "Industrial Quesera Española, S. A.", frente a los Acuerdos del Consejo de Ministros de 28-10-1988 y 29-6-1990, y a declarar la nulidad de los mismos, a fin de que las actuaciones inspectoras, como actividad colaboradora de denuncia, sean remitidas a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Madrid, para que se sustancie ante la misma el procedimiento sancionador correspondiente para depurar las posibles infracciones, hasta formular la eventual propuesta de resolución pertinente y, en su caso, dictarse la resolución final oportuna por el órgano competente para ello». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 19.*)

#### IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Entidades descentralizadas. En la aprobación de entidades locales territoriales inferiores al Municipio por la Comunidad Autónoma procede reconocer primacía al interés en la adecuación de la organización interna del Municipio a sus características por encima del interés de la propia Comunidad, en contra de lo exigido en las alteraciones de términos municipales.*

«Por otra parte, la legislación básica del Estado, como queda dicho, al desarrollar el texto constitucional, faculta a las Comunidades Autónomas para instituir o reconocer entidades de ámbito territorial inferior al municipal (artículo 3.º, Ley 7/1985). En su exposición de motivos, el legislador explica que la resolución de la tensión entre los valores constitucionales de unidad y autonomía exige una específica ponderación según su valor constitucional relativo, de las exigencias recíprocas del interés autonómico y el estrictamente local, de cuya ponderación resulta que si en lo que trasciende a la conformación de la organización territorial (procesos de alteración de municipios y creación de nuevos entes territoriales) debe primar el interés autonómico, no sucede lo mismo en el plano de la organización interna de las Entidades Locales, plano en el que procede reconocer la primacía del interés de la acomodación de aquélla a las características específicas de éstas.

Esa primacía del interés autonómico comporta un control administrativo de oportunidad como manifestación puntual de la presencia de aquel interés concurrente, especificado por la Ley en virtud de los correspondientes títulos constitucionales autonómicos, como señala la jurisprudencia constitucional. Esa potestad administrativa no está, sin embargo exenta de límites, singularmente los impuestos por la calificación jurídica de los hechos sustanciados en el expediente. Este pone de manifiesto que:

A) El barrio de Morales consta de cincuenta y cinco residentes.  
 B) Obtiene rentas procedentes de fincas rústicas cedidas a los vecinos por importe anual de 86.500 pesetas. El valor de cuyas fincas rústicas asciende a 160.308 pesetas.

C) Posee 2/10 partes del Monte de Utilidad Pública número 67, teniendo asignado en los planes de aprovechamientos anuales 6.589 pesetas en concepto de pastos y 9.126 pesetas en concepto de leñas. En el período comprendido entre 1979 y 1983 obtuvo por ello un rendimiento de 333.616 pesetas.

D) En el Catastro parcelario de riqueza rústica de Corporales figura la "Entidad de Morales", como titular de 39 hectáreas, 97 áreas, 7 centiáreas.

Y en el padrón de Riqueza Urbana figuran a nombre de "Entidad Menor de Morales" las fincas urbanas siguientes: *a)* local bajo destinado a cuadra, con un valor catastral de 30.299 pesetas; *b)* bajo destinado a lavadero, cuyo catastral es de 5.267 pesetas; *c)* bajo destinado a almacén (luego Teleclub), con un valor catastral de 222.772 pesetas.

En el inventario municipal figuran también como patrimonio del Barrio de Morales una casa destinada a vivienda y una fragua pública.

E) El presupuesto ordinario para el ejercicio de 1982 correspondiente a Morales, ascendía a 85.000 pesetas, nivelado en ingresos y gastos, aquéllos de carácter patrimonial, y éstos destinados a remuneración personal y compra de bienes corrientes y servicios.

F) En el catastro Topográfico Parcelario figura un plano del término municipal de Corporales y su anejo Morales, con expresión de la línea de separación entre ambos.

G) En el informe elaborado por el Alcalde, Presidente de Corporales, con fecha 17-3-1983 (f. 5 y 6, expediente), se hace constar: *a)* que el barrio de Morales es un núcleo poblado que forma una unidad física, independiente de Corporales, del que le separa una distancia aproximada de 1.500 metros, compuesto de treinta viviendas y otras edificaciones auxiliares; *b)* que tal población resulta ser un núcleo arraigado desde tiempo inmemorial, compuesto por 20 familias, que han mantenido una presencia demográfica continua desde hace siglos; *e)* que en tiempo pasado, el barrio dependió administrativamente del Ayuntamiento de Grañón, contando en 1594 con 56 vecinos y, en 1830, con 87; *d)* que tiene patrimonio catastralmente registrado a su nombre, comprensivo de fincas labrantías y monte bajo, con una extensión de 38 hectáreas, 95 áreas y 47 centiáreas, que aprovecha como barrio distinto de Corporales, y paga los impuestos al Estado; *e)* que además posee 2/10 partes de un monte de Utilidad Pública, catalogado con el número 67, participando en los ingresos y gastos liquidados anualmente.

Los antecedentes expuestos vienen a conformar los derechos e intereses que caracterizan el núcleo cuyos vecinos promovieron el expediente, en la mayoría exigida por la Ley y contando con los elementos necesarios para acceder según aquélla a la categoría postulada y ejercer las competencias regladas para satisfacer dichos intereses. Frente a ello —ejerciendo de un derecho reconocido en la Ley— no puede prevalecer la decisión impugnada, basada en directrices encaminadas a la mejor capacidad operativa de las Entidades Locales, que si también propugnadas por la Ley (arts. 13.3 y 42 a 44, Ley 7/1985), no impiden, sin embargo, el ejercicio de aquel derecho (Disposición Adicional Primera, 1, Ley 7/1985)». (*Sentencia de 26 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 9334.*)

**B) Fondo de Compensación Interterritorial. Competencias del Gobierno para su distribución. Política presupuestaria y autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.**

«Alega en primer lugar la Comunidad recurrente que el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria —que autoriza al Gobierno, en función de la política

presupuestaria de coyuntura económico-social a no disponer de hasta un 10 por 100 como máximo de los créditos para operaciones de capital que figuren en los Presupuestos del Estado y Organismos Autónomos del respectivo ejercicio—, no es aplicable al Fondo de Compensación Interterritorial, puesto que su distribución corresponde únicamente a las Cortes Generales del Estado, según el artículo 158.2 de la Constitución, a favor de las cuales existiría una absoluta reserva. Esta Sala ya ha resuelto un recurso análogo al actual por S 6-11-1992 (RJ 1992, 8639), cuya doctrina debe ser reiterada ahora. Según la mencionada sentencia el artículo 158 de la Constitución, en su apartado 2 estableció la obligación de constituir un Fondo de Compensación con destino a gastos de Inversión de las Comunidades Autónomas y de las provincias, en su caso, cuyos recursos serían distribuidos entre ellas por las Cortes Generales; por su parte el artículo 157.1.c) incluyó las transferencias de dicho fondo entre los recursos de las Comunidades Autónomas, estableciendo en su artículo 74.2 el procedimiento para la adopción del referido acuerdo de distribución. Aunque en el artículo 140 del Reglamento del Senado de 26-5-1982 se desarrolle el citado procedimiento, por la Ley de 31-3-1984 se realizó una completa regulación del mismo, determinando su cuantía total y las distintas variables en atención a las cuales ha de distribuirse entre los territorios beneficiarios, imponiendo al Gobierno la obligación de consignar en los Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio no sólo la dotación general del fondo sino la que corresponda a cada Comunidad con relación expresa de los proyectos de inversión a que haya de destinarse. Desde la perspectiva de la reserva absoluta en favor de las Cortes Generales, del Acuerdo de distribución del Fondo de Compensación, el mecanismo indicado no se compadece con la tesis de la Comunidad recurrente, puesto que implica la atribución al Gobierno, conforme al artículo 134.1 de la Constitución, de la facultad, lógicamente condicionada en cuanto a su validez al cumplimiento de los límites impuestos por la Ley de 31-3-1984, de incluir en los Presupuestos Generales del Estado no sólo de la partida correspondiente a la dotación del Fondo de Compensación, sino de las distintas partidas relativas a su particular distribución territorial.

Argumenta la Comunidad recurrente que el contenido de las dotaciones del Fondo de Compensación no puede quedar sujeto a las decisiones del Gobierno en materia de política presupuestaria y mucho menos de las que tengan carácter coyuntural, como es el caso de las que se adoptan en virtud de las facultades concedidas en el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria, porque afecta al ejercicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, en cuanto al destino del mismo es la financiación de proyectos de inversiones que no pueden sufragarse por la participación en los ingresos tributarios del Estado.

Este argumento obliga a delimitar, por un lado las relaciones entre la política presupuestaria del Gobierno plasmada en los Presupuestos Generales del Estado y el Fondo de Compensación Interterritorial, y, de otro lado, la incidencia que en éste pueden tener las decisiones presupuestarias de naturaleza coyuntural adoptadas conforme a las previsiones del artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria.

Respecto de lo primero, hay que partir de que los Presupuestos Generales del Estado en cuanto a expresión contable del conjunto de ingresos que se prevea obtener en el ejercicio correspondiente por el Estado, Organismos Autónomos y restantes Entes del Sector Público estatal y de los gastos que como máximo puedan realizarse en el mismo período, siendo también y marcadamente el principal instrumento de la política económica del Gobierno. Dentro de los Presupuestos Generales, la consignación para el Fondo de Compensación no se contempla como una partida autónoma independiente de las demás sino íntimamente relacionada con las otras tan ligadas a las decisiones sobre política económica a que responde el Presupuesto, como son las relativas a la inversión pública. A este respecto, el artículo 16.1.2 de la Ley Orgánica de 22-9-1980, la Financiación de las Comunidades Autónomas dice que, el Fondo de Compensación se dotará

anualmente en cantidad no inferior al 30 por 100 de la inversión pública que haya sido aprobada en los Presupuestos Generales del Estado. Por su parte, el artículo 3 de la Ley de 31-3-1984 Reguladora del Fondo de Compensación establece que a estos efectos se entenderá por inversión pública el conjunto de los gastos destinados a inversiones reales que figuren en los Presupuestos Generales del Estado, incluidas las del propio Fondo de Compensación Interterritorial, así como los gastos de igual naturaleza previstos en sus respectivos presupuestos por los Organismos Autónomos del Estado y de las transferencias de capital efectuada por el Estado y los Organismos Autónomos en favor de las entidades locales con destino a proyectos de inversión. Por ello puede sostenerse que la dotación del Fondo de Compensación Interterritorial es una consecuencia de la misma política económica que inspira el resto de las consignaciones previstas en el presupuesto para financiar inversiones públicas.

En cuanto a la posibilidad de que la cuantía del Fondo resulte afectada por la indisponibilidad de una parte del mismo que no supere el 10 por 100 del total, según permite el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria en atención a la coyuntura económicosocial, no existe en dicha Ley precepto alguno de donde pueda deducirse la inaplicabilidad de aquel artículo a las partidas destinadas al Fondo. Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley de 31-3-1984 alude a la finalidad de "desvincular la cuantía del Fondo de Compensación de las vicisitudes que pueda experimentar la estructura presupuestaria del Estado", pero ello no conduce a una desvinculación de dicha dotación presupuestaria de la disciplina general a que se sujetan los Presupuestos Generales del Estado, sino a que su cuantía, que el artículo 2 de dicha Ley determina en un porcentaje de la inversión pública prevista, no puede ser alterada por el eventual asentamiento de las partidas que la integran en los Presupuestos Generales del Estado, a cuyo efecto su artículo 3 define en términos materiales lo que debe entenderse por inversión pública. Precisamente la relación entre la cuantía de las inversiones públicas y la del Fondo de Compensación abona el criterio de la modificación de esta última cuando en uso de las facultades concedidas por el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria se declare la no disponibilidad de los créditos consignados para finalizar aquéllas, pues de otro modo se rompería la proporción que la Ley establece entre unas y otras.

Se opone también la Comunidad recurrente a la alteración de la cuantía del Fondo de Compensación con base en el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria, alegando que dicho precepto puede afectar a los créditos que figuren en los Presupuestos Generales del Estado en cuanto que éstos representan autorizaciones al Estado para contraer obligaciones cuyo importe no supere las cifras consignadas en ellos pero no para lo que representa, como es el Fondo de Compensación, pues son obligaciones exigibles al Estado desde el momento mismo de su inclusión en los Presupuestos, como resulta del artículo 16 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, en el que se distinguen dos planos que pueden apreciarse en el Fondo de Compensación, el de su dotación en los Presupuestos Generales del Estado que tiene la misma naturaleza que las demás consignaciones presupuestarias del Estado de gastos y su distribución entre las distintas Comunidades Autónomas que corresponde a las Cortes Generales, conforme al artículo 74.2 de la Constitución.

El artículo 158.2 de la Constitución que impone la formación del Fondo de Compensación con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, estableció que su destino serían los gastos de inversión de las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso, y que su distribución se realizarla por las Cortes Generales, estableciendo en su artículo 74.2 el procedimiento para tomar respecto de ello la decisión correspondiente y el artículo 16.1 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas establece los criterios generales de distribución de la dotación del Fondo de Compensación Interterritorial y remite a las Cortes Generales, confor-

me al artículo 74.2 de la Constitución, para su distribución. Sin embargo dicha atribución no ha dado lugar a acuerdos anuales tomados por las Cortes Generales, conforme al artículo 140 del Reglamento del Senado, sino, como ya hemos señalado antes, a una Ley, la 7/1984, de 31 marzo, en la que se concretan los criterios para la distribución del Fondo, para la elección de los proyectos de inversión a que ha de destinarse, y, por lo que interesa para el presente recurso, se impone la indicación en los Presupuestos Generales del Estado no sólo de la cuantía global del Fondo, sino de su distribución entre las distintas Comunidades Autónomas beneficiarias con relación expresa de los proyectos de inversión que competen a cada Administración y de los concurrentes (art. 72). La elección de este sistema de distribución del Fondo significa la habilitación al Gobierno para los actos de gestión del mismo, en los términos previstos para la elaboración de los Presupuestos Generales, con el parámetro de control añadido que supone su sumisión a los límites materiales que resulten de la Ley de 31-3-1984, pero no implican por ello una alteración de la naturaleza que la inserción del Fondo de Compensación Interterritorial determina. Las consignaciones contenidas en el estado de gastos de los Presupuestos Generales significan autorizaciones para que la Administración pueda contraer obligaciones cuyo importe no supere esa suma pero no obligaciones directamente exigibles cuya fuente se encuentra, como declara el artículo 42 de la Ley General Presupuestaria, en la Ley, en los negocios jurídicos y en los actos o hechos que, según el derecho, las generen y esta misma naturaleza ha de reconocerse a las dotaciones del Fondo de Compensación Interterritorial. La competencia constitucional de las Cortes Generales con relación al Fondo de Compensación se refiere a la distribución del mismo entre los territorios beneficiarios, pero no a la determinación de su cuantía, por lo que la adopción del acuerdo de distribución no prejuzga la alteración del mismo posterior, en los límites que impone el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria, si el acuerdo de distribución se rectifica conforme a los mismos criterios de proporcionalidad que guiaron el primero.

No se opone a esta tesis, sino que la confirma, el hecho de que las dotaciones del Fondo de Compensación Interterritorial correspondientes a cada Comunidad figuren en los Presupuestos de éstas como ingresos al tener el carácter de carga general del Estado, a los efectos previstos en los artículos 2, 138 y 158 de la Constitución, como declara el artículo 4.2.b) de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas: el principio de solidaridad que consagran los preceptos constitucionales mencionados no se desconoce si la no disponibilidad acordada afecta en la debida proporción a todas las Comunidades beneficiarias y la inclusión por éstas de la dotación del fondo en las correspondientes partidas de ingresos de sus Presupuestos no significa su inmediata exigibilidad al Estado. El artículo 21.3 de la Ley de Financiación de las Comunidades establece que los Presupuestos de las Comunidades Autónomas serán elaborados con criterios homogéneos, de forma que sea posible su consolidación con los Presupuestos Generales del Estado.

Ha de reconocerse que frente a las restantes partidas del Estado de gastos de los Presupuestos Generales del Estado, la del Fondo de Compensación Interterritorial tiene singularidades derivadas de su afectación finalista y de la vinculación que para la Administración del Estado supone la observancia de los criterios impuestos por la Ley de 31-3-1984, pero dentro de estos límites, no está excluida la posibilidad de actuar sobre dicha dotación en función de los criterios coyunturales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria.

La Comunidad recurrente alega la inalterabilidad de las dotaciones del Fondo de Compensación una vez consignadas en los Presupuestos el Generales del Estado, desde el punto de vista del ejercicio de las competencias que corresponden a esa Comunidad, alegando que los Acuerdos del Consejo de Ministros no afectan al gasto propio sino le al gasto ajeno, modificando indirectamente las

previsiones presupuestarias adoptadas por los Parlamentos de las distintas Comunidades Autónomas, lo que interviene en su autonomía financiera. Conviene distinguir, a estos efectos la distinta incidencia que el artículo 57.1.b) de la Ley General Presupuestaria produce en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12-5-1989 que se basa en aquel precepto y en el de 28-4-1989 que se adopta conforme al artículo 67.2 de la misma Ley.

El artículo 57.1 de la Ley General Presupuestaria atribuye al Gobierno dos medidas de signo opuesto para utilizar según aconseje la coyuntura económico-social: a) la posibilidad de disponer de un crédito de acción coyuntural que se incluirá en el Presupuesto del Estado para programas de inversión, y b) la de no disponer hasta de un 10 por 100 como máximo de los créditos por operaciones de capital que figuren en los Presupuestos del Estado y de los Organismos Autónomos del respectivo ejercicio. Por lo que se refiere a esta última, que es la que se ha empleado en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12-5-1989, en nada afecta a la autonomía financiera de la Comunidad recurrente, porque desde la perspectiva de sus ingresos presupuestarios ya se ha razonado acerca de la necesaria coordinación de éstos con los Presupuestos Generales del Estado, y desde la de los gastos los proyectos de inversión que han de financiarse con el Fondo de Compensación Interterritorial tiene unos mecanismos de individualización que establece el artículo 7 de la Ley de 31-3-1984, que no resultan alterados por la reducción de las dotaciones del fondo si no es por el inevitable abandono de los proyectos situados en los últimos lugares del orden de preferencia en que han de ser presentados, según el párrafo 3 del artículo citado. Y como éstos son los motivos alegados en contra del Acuerdo del Consejo de Ministros de 12-5-1989, debe de ser desestimado en este punto concreto el presente recurso.

En cambio el Acuerdo del Consejo de la Ministros de 28-4-1989, tiene una causa y una finalidad diferentes: no pretende actuar contra las tendencias inflacionistas observadas por el Gobierno en la evolución de la coyuntura económica, sino allegar recursos para sufragar el coste que representa la articulación de las medidas previstas en el Real Decreto Ley 3/1989, acudiendo para ello al mecanismo de las transferencias de crédito que autoriza el artículo 67.2 de la Ley General Presupuestaria, lo que impone, en primer lugar, la reducción de los créditos de determinadas secciones de los Presupuestos Generales del Estado para 1989, entre ellas la que correspondía al Fondo de Compensación Interterritorial y su transferencia a la aplicación correspondiente al "crédito destinado a reasignar la financiación del coste de las medidas de carácter social".

El control parlamentario de los Presupuestos Generales del Estado comprende no sólo la aprobación del importe global de los créditos cuya disposición se permite al Gobierno, sino la determinación concreta de las atenciones a que han de destinarse, tal como resulta del artículo 59 de la Ley General Presupuestaria que establece que "los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos...". Sin embargo, los inconvenientes que se derivarían de una rígida interpretación del principio de especialidad cualitativa en un conjunto de previsiones tan complejo como es el que se plasma en las Leyes Anuales de Presupuestos, aconseja ciertas modulaciones del mismo, que se llevan a cabo mediante transferencias de créditos presupuestarios para hacer frente a finalidades diferentes de las estrictamente consignadas en los Presupuestos Generales del Estado. Tal posibilidad, en cuanto excepción a un principio de gran tradición en el derecho presupuestario se configura con un marcado carácter limitativo, definiéndose en la Ley General Presupuestaria los supuestos de hecho que permiten su utilización y las garantías para que su ejercicio no desvirtúe el sentido del mandamiento general contenido en el artículo 59 anteriormente citado. En este sentido, el Real Decreto Ley 3/1989, de 31 marzo, no habilitó al Gobierno de facultades distintas de las ya reconocidas en la Ley General Presupuestaria, ni supuso alteración de ésta, salvo en declarar aplicables a las modificaciones presupuestarias a realizar las limita-



ciones contenidas en el artículo 70 de esta última Ley, por lo que las transferencias de créditos determinadas por la necesidad de financiar las medidas acordadas por aquella disposición legislativa habrán de someterse a las previsiones de la Ley General Presupuestaria, como el propio acuerdo del Consejo de Ministros reconoce, al invocar expresamente el artículo 67.2 de dicha Ley, que establece que el Consejo de Ministros, a propuesta del de Economía y Hacienda, podrá autorizar las transferencias de crédito de las dotaciones no utilizadas en los programas de las distintas secciones del presupuesto, a los distintos conceptos del programa de imprevistos y funciones no clasificadas, habilitando a tal efecto los créditos que sean necesarios, para su ulterior reasignación.

Por lo tanto, el presupuesto de hecho para la realización de esta transferencia consiste en la existencia de dotaciones presupuestarias que no se hayan utilizado en los programas de las distintas secciones del presupuesto. Independientemente de que el precepto no consagre una omnímoda potestad del Gobierno para ejecutar o no determinados programas previstos en los Presupuestos Generales del Estado a fin de transferir sus dotaciones a otros según su conveniencia, resulta claro que los programas afectados han de corresponder a aquellos cuya ejecución sea consecuencia de una decisión exclusiva del Gobierno, por lo que no puede ser aplicado a los proyectos de inversiones financiados con cargo al Fondo de Compensación Interterritorial, cuya determinación, conforme al artículo 7.1 de la Ley 7 de 31-3-1984 es el resultado de un acuerdo entre la Administración Central del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 1129.*)

*B) Referéndum. Modificación del territorio que afecta a diversas Comunidades Autónomas. Procedimiento.*

Vid. II. ACTO, A) Naturaleza. (*Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 457.*)

*C) Suspensión de acuerdos locales (Sentencia de revisión). Traslado del acuerdo de suspensión al Tribunal. Basta con que el acuerdo suspensivo se remita o comuniqué por medio fehaciente a la Sala competente.*

«La identidad sustancial, tanto subjetiva como objetiva y de fundamentación, sólo se produce en rigor entre la sentencia impugnada y la pronunciada, por la entonces Sala Cuarta del Tribunal Supremo en 19-6-1979 (RJ 1979, 2739), pues sólo esta sentencia, de entre las invocadas como "antecedentes, viene contraída al supuesto de facultades suspensivas con base en el citado artículo 186 de la Ley del Suelo, siendo así que las restantes, aunque inciden también en el aspecto controvertido, atañen directa y frontalmente al ejercicio por autoridades gubernativas de suspensión de acuerdos municipales y ulterior remisión a la Sala Territorial de la Jurisdicción, sin referencia específica al problema del control de legalidad urbanística y la técnica singular que el citado artículo 186 del texto refundido de 1976 diseña, a partir de la reforma introducida en el Ordenamiento urbanístico por la Ley 19/1975, de 2 mayo. Pero aun reducido así el ámbito de las sentencias contrapuestas, la contradicción procesal que exige el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional existe y recaba un pronunciamiento dirigido a solventar los antagónicos criterios jurisprudenciales sobre la materia. Dicha contradicción, hemos de repetir, se produce en torno a la interpretación adecuada que ha de darse a la expresión "procederá (el Alcalde) en el plazo de tres días a dar traslado directo de dicho acuerdo a la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente..."», pues mientras la sentencia impugnada entiende que en dicho plazo de tres días, siguientes al de adopción del acuerdo de suspensión, ha de tener entrada en la

Secretaría del Órgano jurisdiccional el oficio de la Alcaldía conteniendo el texto del acuerdo suspensivo, la sentencia antecedente considera cumplido el precepto si en dicho plazo de tres días el Alcalde efectúa la comunicación o traslado a la Sala, acreditándose ello de manera fehaciente, con independencia de cuál sea la posterior fecha de entrada de dicha comunicación en el Tribunal destinatario que ha de juzgar sobre la legalidad de la licencia en cuestión.

Existe concordancia en las confrontadas líneas jurisprudenciales en que el referido plazo de tres días ha de computarse como días hábiles, a partir del acuerdo de la Alcaldía, y que el mismo es, como acertadamente recuerda la sentencia objeto de revisión, "un plazo fatal e improrrogable, de imperativa vigencia, plazo de caducidad, cuya inobservancia priva de efectos a la suspensión de que se trate, excluyendo el pronunciamiento sobre la existencia de la infracción". La discrepancia se produce por cuanto la línea jurisprudencial inicial u originaria toma como perspectiva sustancial la del acto administrativo de suspensión, al que la Ley anuda efectos y consecuencias procesales, mientras que la sentencia recurrida y alguna otra sentencia en esta misma dirección, adopta como prioritaria la perspectiva del enjuiciamiento y del proceso especial del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción, entendiéndose que el traslado es un modo de iniciación de dicho proceso especial, requerido de presentación o entrada en el Registro del Tribunal u Órgano judicial habilitado para ello dentro del mencionado plazo preclusivo.

Así las cosas la contradicción expuesta ha de dilucidarse, entiende la Sala, en favor de la primera línea o criterio jurisprudencial, y ello por las razones siguientes: a) En primer término, porque la propia redacción literal del precepto, conduce a dicha tesis, ya que trasladar a tanto equivale como a comunicar o poner en conocimiento de alguien un dato o noticia, por lo que el traslado que se impone como carga en sentido técnico, mira al obligado al mismo, de modo que el Alcalde cumplirá si en el plazo de referencia produce una actividad de salida o comunicación a la Sala, no siendo exigible que, equiparando traslado a presentación o entrega, se entienda cumplido aquél sólo cuando el acuerdo haya tenido entrada en el Tribunal; b) Esencialmente, porque si bien es verdad que la suspensión de efectos de la licencia es un acto de los que pudiéramos llamar "a doble vertiente", administrativa cautelar de cese de eficacia o ejecutividad de un acto —la licencia—, y de otra, la iniciación de un proceso especial para depurar la existencia o no de infracción urbanística grave y manifiesta (como el regulado por el artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción), y en tal sentido cabe citar la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 5.ª, de 29-5-1992 (RJ 1992, 4302), no puede olvidarse que mediante el mismo la Alcaldía no ejercita una pretensión de anulación de la misma naturaleza que si interpusiera un recurso frente a acto de otro Ente Público, o si formulase, tras declarar la lesividad de un acto propio la demanda a que se refieren los artículos 56 y 57.4 de la tan repetida Ley de esta Jurisdicción. Quiere decirse que si el rigor procesal de que el escrito de iniciación de un proceso administrativo tenga entrada en el Tribunal en el plazo preclusivo señalado, es predicable de los actos que de manera formal constituyan el acto de parte dirigido a poner en marcha la revisión jurisdiccional, no así cabe extender tal rigor cuando la iniciación no se produce mediante un escrito puro e íntegramente de naturaleza procesal, pues que el acuerdo suspensivo de la Alcaldía ni es escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo ni equivale a demanda en un proceso de lesividad. Buena prueba de esto último es que la "demanda mixta" con que se inicia el proceso especial de lesividad ha de ir acompañada del correspondiente expediente administrativo, tal como precisa el artículo 57.4 antes citado, mientras que aquí, a tenor del apartado 2 del artículo 118, una vez recibido el traslado de la suspensión, la Sala requiere de la Corporación local el envío del expediente administrativo. Al no constituir, pues, ni verdadera impugnación ni ejercicio de pretensión anulatoria mediante escritos procesales de interposición o de demanda, no cabe hacer extensivo al acto

administrativo de suspensión requisitos propios y exclusivos de tales escritos, y c) Finalmente, la interpretación ha de ser favorable a hacer efectiva, con la viabilidad del proceso especial del artículo 118, el cumplimiento de la disciplina urbanística y el control jurisdiccional de la legalidad de las licencias, propósito que fue uno de los ejes inspiradores de la reforma urbanística de 1975, como luce en la Exposición de Motivos de la Ley (epígrafe X de la misma). La interpretación diversa aboca a eventuales resultados de licencias que amparan obras, en curso de ejecución, afectadas de manifiestas infracciones urbanísticas graves, y que consolidan sus consecuencias si tal legalidad no es depurada en vía jurisdiccional.

A efectos de apurar el razonamiento, podría argüirse para justificar respaldo a la tesis más rigorista antes expuesta que cuando el artículo 186.3 de la Ley del Suelo habla de "traslado directo", ha de atribuirse alguna significación a esta locución, a diferencia de la de simple traslado que emplea el artículo 118.1 de la Ley Jurisdiccional ("darán traslado de la suspensión", es la expresión textual del precepto), y que aquélla la contenida en la norma urbanística, bien pudiera destacar la intención perseguida de que el escrito conteniendo el acuerdo suspensivo tenga entrada en el perentorio plazo de tres días hábiles desde su adopción por la Alcaldía en la Secretaría del Tribunal, o —como dice la propia sentencia recurrida—, que haya obrado en poder del órgano jurisdiccional en ese fugaz plazo. Mas, situados en el contexto de precepto requerido de adecuada exégesis, ha de notarse que el mismo confería potestades suspensivas sobre licencias viciadas no sólo a los Alcaldes (apartado 1), sino también a los Gobernadores Civiles, bien de oficio, bien a instancia del entonces Delegado Provincial del Ministerio de la Vivienda (apartado 2), facultades éstas que han quedado ya eliminadas por virtud de la autonomía municipal garantizada por la Constitución, (art 140), y por el régimen de impugnación de acuerdos de los Entes Locales diseñado en la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (arts. 65 a 67): pues bien, por traslado directo ha de entenderse el que se produce sin intermediación de otro Órgano administrativo y sin trámite intermedio de asesoramiento o dictamen. Directo quiere decir, entendemos, el que se produce desde la Alcaldía al Órgano Jurisdiccional competente, sin que medie instancia alguna de cualquier naturaleza. En consecuencia, la expresión de traslado directo, que sigue utilizando el artículo 253.2 del vigente texto refundido de 26-6-1992, no altera en modo alguno la conclusión antes alcanzada en orden a que basta con que el acuerdo suspensivo se remita o comunique por medio fehaciente, como es el correo certificado que se utilizó en el caso, dentro del plazo de tres días hábiles siguientes al de su adopción por la autoridad municipal, teniendo por destinatario a la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente, para tener por cumplida la "condictio iuris" impuesta a la potestad suspensiva.

En conclusión de lo antes razonado, es procedente la rescisión de la sentencia firme objeto de este recurso extraordinario, por cuanto se estima como criterio jurisprudencial más correcto el contenido en la sentencia "antecedente", al que se atuvo la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, de 8-6-1989, revocada por aquélla. En orden al subsiguiente juicio rescisorio, procede efectuarlo en esta misma sentencia, por razones de economía procesal y dado que existen suficientes elementos de juicio para formularlo con suficientes garantías». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1993, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 248.*)

## V. DOMINIO PÚBLICO

*Costas. Régimen transitorio de la Ley de Costas. Transitoria quinta. Las autorizaciones exigibles por leyes sectoriales y obtenidas con anterioridad a*

*la Ley de Costas no se anulan, pero su eficacia se demora hasta obtener la autorización exigible por ocupar zona marítimo-terrestre.*

«La Cooperativa de Trabajo Asociado de Mar “Pescados y Mariscos Argoños” no ha obtenido la concesión de la Administración del Estado para la ocupación de terrenos de dominio público marítimo-terrestre, necesaria para la instalación de los parques de cultivo de almeja fina que le ha autorizado la Diputación Regional de Cantabria. Ello determina la aplicación de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 22/1988, de Costas. La referida Disposición Adicional únicamente ha sido declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 julio, en las palabras “en todo caso”, expresadas en su apartado segundo. Debe pues aplicarse ahora el referido apartado, según el cual, cuando las autorizaciones que sean exigibles por otras disposiciones legales (la Ley de Cultivos Marinos) se obtengan con anterioridad al título administrativo requerido por la Ley de Costas, la eficacia de aquellas autorizaciones “quedará demorada” hasta el otorgamiento de dicho título administrativo. Es decir, la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Costas no sanciona con la nulidad la autorización concedida por Orden 6-5-1989 de la Consejería de Ganadería, Agricultura y Pesca de la Diputación Regional de Cantabria, sin haber obtenido previamente la oportuna concesión estatal para la ocupación de terrenos de la zona marítimo-terrestre. En este sentido debe desestimarse la pretensión de nulidad de la mencionada Orden que en primera instancia formuló la representación de la Administración del Estado. Lo que impone la repetida Disposición Adicional Quinta es que la eficacia de la autorización otorgada por la Diputación Regional de Cantabria quede demorada hasta que la Cooperativa interesada obtenga el otorgamiento de la concesión de la Administración del Estado para la ocupación de los 18.000 metros cuadrados necesarios en terrenos de dominio público de la zona marítimo-terrestre, y en este sentido debemos pronunciamos, estimando en parte el recurso de apelación promovido por el señor Abogado del Estado, en la representación que le es propia». (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 71.)

## VI. AGUAS

*Policía de aguas y sus cauces. No corresponde a la Administración tutelar a los propietarios privados en sus controversias con terceros*

«Se impugna en este recurso de apelación la Sentencia que la Sala de los Contencioso-Administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Zaragoza dictó en fecha 13-10-1988 y en su recurso núm. 166/1988 por medio de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador señor del C. A. en nombre y representación de “Harinas Vázquez SA” contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro de fecha 19-1-1987 (confirmada en reposición por la de 7-12-1987), por la cual, y ante la denuncia formulada por dicha recurrente contra don Benito M. A. achacándole haber desmontado gran parte de un elevado talud por el que discurre el cauce de un aprovechamiento de agua de titularidad del denunciante con toma en Arenzana de Abajo, y además haber realizado una toma de agua con destino a riego mediante entubado subterráneo, por cuya resolución de la Confederación, repetimos, se sobreseyó el expediente sancionador originado por tal denuncia y se declaró que los hechos denunciados tampoco debían ser objeto de actuación alguna por parte de la Confederación al margen de dicho expediente sancionador.

La sentencia de instancia desestimó el recurso que "Harinas Vázquez, S. A." interpuso contra esas resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Ebro (en adelante CHE), y esa Sociedad Anónima apela contra la sentencia ante este Tribunal Supremo.

La entidad recurrente afirma en esta apelación que la CHE tenía el deber de actuar, previa verificación de los hechos de mejor manera a como se hizo, y el no haberlo efectuado supone una renuncia al ejercicio de una competencia de las descritas en el artículo 149 de la Constitución.

Es un hecho admitido que el cauce llamado "Canal del río Muelo o de San Julián" es un cauce privado propiedad de la entidad "Harinas Vázquez, S. A.", por el que discurren aguas públicas procedentes del río Najerilla y de cuyo canal se derivan algunas tomas para riegos de fincas concretas y determinadas y también la toma de una concesión de 2.000 l/s de que la actora es titular para el servicio de la fábrica de harinas de su propiedad. Las aguas, por tanto, son aguas públicas, pero el cauce es privado.

Las facultades de la Administración en los cauces privados están dichas en el artículo 1.b) del Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, de 14-11-1958 (que es la normativa a la que hay que acudir vista la fecha de la denuncia —10-4-1986—, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 2473/1985, de 27 de diciembre, en relación con el número 2 de su Anexo y con la entrada en vigor, el día 30-4-1986, del nuevo Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprobó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolló los Títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas), precepto a cuyo tenor corresponde a la Administración Hidráulica "la policía de los cauces que teniendo carácter particular derivan por sus tomas aguas públicas, al objeto de evitar el cambio de destino de ellas y que se derive más caudal del concedido o que le corresponda". Así que la función de policía general de las aguas públicas a que se refiere la letra a) de ese precepto queda limitada en el caso de cauces privados a estas dos finalidades específicas. No sería lógico, ni quizá posible, que la Administración tuviera que tutelar a todos los propietarios de cauces privados en sus controversias con terceras personas. (Pero, insistimos, las cosas son así por aplicación de una disposición, el Decreto de 14-11-1958, a la sazón vigente, pero actualmente ya derogado.)

Estas son, por tanto, las únicas funciones que el ordenamiento concede a la Administración respecto de los cauces privados: vigilar e inspeccionar a fin de que por ellos no se detraiga más agua que la concedida ni se cambie su destino; fuera de esos casos (y aquí estamos fuera de esos casos, porque ni se ha aumentado el caudal concedido ni se ha variado su destino), el concesionario habrá de acudir a los Tribunales ordinarios para evitar que terceras personas pretendan aprovecharse de las aguas que tiene concedidas; así ha ocurrido con el presente caso, pues, después de perder un interdicto por no haber privado de propia mano al presunto usurpador del aprovechamiento que éste poseía (con derecho o sin él, que eso no lo decide el interdicto), la entidad actora ha acudido a un juicio declarativo ordinario y en él ha obtenido una sentencia (aunque no consta que sea firme) que ha declarado que la contraparte no tiene derecho a tal aprovechamiento (Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Logroño de fecha 13-3-1989). En esa controversia entre particulares, en la que no está en juego ni el montante del caudal concedido ni su destino, la Administración no tiene función de ejercer, y obró conforme a Derecho sobreseyendo el expediente de que se trata». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo 1993, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 2038.*)

## VII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

A) *Convenio expropiatorio. No es posible la revocación o modificación unilateral. Es válido el convenio formalizado por el titular de la mitad de todo el caudal ganancial y usufructuario universal del resto.*

«El convenio expropiatorio sobre la conformidad en el justiprecio es un acto administrativo específico que pone fin al expediente, de conformidad con dicho Precepto Legal. Por ello, una vez producida la aceptación por el expropiado de la oferta de valoración hecha por la Administración, no es posible, la revocación o modificación unilateral de tal convenio, careciendo de validez y efectos jurídicos cualquier manifestación o reserva en tal sentido formulada por el expropiado. Y como dice la STS 29-3-1979 (RJ 1979, 1038) al superar el convenio expropiatorio las diversas fases a las que se subordinó su perfección, alcanzó la plena validez y engendró un derecho subjetivo en la sociedad recurrente a obtener la cantidad fijada como contraprestación a la adquisición de los bienes expropiados y como tal negocio jurídico es un acto administrativo regido por la normativa específica de tales actos, la Administración no puede desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante esta Jurisdicción como establece el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

A mayor abundamiento, en la propia escritura pública de 26-4-1979 se expresa que el señor Ingeniero de Montes de Jaén y el señor F. B. e hijos, tienen capacidad legal para "la presente acta de entrega y recepción de precios por convenio expropiatorio". La reserva que en tal acto hicieron los interesados de cualquier derecho que pudiera existir por la revisión del justiprecio hecho por el Jurado de Expropiación, en el expediente seguido para el copropietario que no aceptó el justiprecio administrativo, es pues radicalmente nula y sin efecto alguno, por lo acabado de expresar, pero es que, además, tampoco puede entenderse aceptada tácitamente por la Administración, porque ante la mera formulación de tal reserva, el representante de la Administración no hizo ninguna observación, ni en pro ni en contra, ni podía hacerla porque el mismo concurre a la escritura para efectuar el pago convenido y con poder para ello, pero de ningún modo consta que tuviera poderes suficientes para modificar el contenido del convenio sin que en ningún momento posterior, sino todo lo contrario, fuese ratificada tal presunta aceptación de la reserva por el órgano del ICONA, estatutariamente competente para el acto de revisión de convenio.

Tal como ha acontecido en este supuesto, en cualquier expediente expropiatorio cuyo bien expropiable pertenece pro-indiviso a varias personas, la aceptación del justiprecio por uno o cualquiera de los condóminos, tiene para el mismo carácter definitivo, respecto de la valoración del bien expropiado en la cuota en él atribuida, continuando el expediente únicamente para aquellos otros copropietarios que no hubieren mostrado su conformidad con el justiprecio ofrecido, sin que el precio convenido por uno sea indicativo ni vincula al Jurado para la fijación del justiprecio.

Frente a la alegación de vicio en el procedimiento expropiatorio, alegado por el apelado, al haberse omitido la participación de copropietarios, hemos de expresar que en las fases del expediente hasta la aceptación del justiprecio inclusive manifestó siempre el señor F. B. que era el titular de la finca expropiada en un 56,66 por 100, manifestación que hizo también en la escritura de compra de la finca de 9-6-1953, constatando inscrita a su nombre en el Registro.

Por ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley de Expropiación Forzosa se entenderán con el propietario de la cosa, considerando la Administración, salvo prueba en contrario, propietario a quien con ese carácter conste en registros públicos.

El señor F. B., que presentó la escritura pública de compraventa, ni en el acta previa de ocupación ni en el escrito de aceptación, hizo constar que el bien expropiado, inscrito a su nombre, pudiera pertenecer a otros titulares.

Si bien es cierto, que tal finca ostenta, en principio, la cualidad de bien ganancial, al ser adquirida en estado de casado, por el señor B., y al haber fallecido la esposa en el año 1967, según la certificación de defunción, sin que conste liquidada aún la sociedad de gananciales, es lo cierto que en la fecha que el señor B. formuló su aceptación del justiprecio, año 1976, era el administrador único de la sociedad de gananciales según la entonces vigente redacción del Código Civil —artículo 1412—, siendo de notar, que conforme consta en el acta de pago, los hijos del señor B. no impugnaron ni rechazaron la conformidad en el justiprecio verificada por el padre, sino que se limitaron a suscribir la mencionada reserva cuya nulidad ya se ha indicado.

Mas en el mismo acto, los indicados comparecientes, reconocen que según el testamento de la esposa y madre, respectivamente, el señor B., además de su propiedad sobre la mitad de gananciales, es el usufructuario universal vitalicio de los bienes atribuibles a la fallecida esposa.

Es claro, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, el señor F. B. como titular de la mitad de todo el caudal ganancial y usufructuario universal del resto, tenía capacidad y estaba facultado para verificar la entrega y aceptar el justiprecio de la finca expropiada, como titular de la comunidad hereditaria, aceptación que repetimos no ha sido impugnada ni cuestionada por los hijos del expropiado, que al recibir el precio convenido en el acta pública antecitada, ni hicieron ninguna formulación sobre el convenio realizado en su día por el padre». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar.370.*)

*B) Justiprecio. Valoración del Jurado y del perito procesal. El dictamen de este último, emitido con todas las garantías procesales, tiene las mismas características de imparcialidad y objetividad que el acuerdo del Jurado.*

«Ahora bien, el Abogado del Estado solicita que la valoración establecida por la Sala de instancia sea sustituida por la fijada en el Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Badajoz de 14-4-1989. Sin embargo, don Vicente H. G., al formular su recurso de apelación, no considerando acertados los criterios de tasación aplicados por la S. 28-12-1990 (corregida por Auto de 22-1-1991), entiende que el justiprecio debe determinarse conforme a lo dictaminado por el perito procesal, añadiéndole el valor de las construcciones no sujetas a pericia, en que se aceptan los precios señalados en la hoja de aprecio de la Administración (folio 5 vuelto del expediente administrativo). El Jurado, en el ya citado Acuerdo de 14-4-1989, acepta el informe prestado por el Vocal Técnico del mismo, con título de Ingeniero Agrónomo. El mencionado informe se limita a citar el año 1987 como fecha de valoración y el "método sintético por clasificación LAUR" como criterio de valoración, indicando a continuación los precios que estima juntos para los terrenos y construcciones, a los que añade el 5 por 100 de afección y 10 por 100 como perjuicios por "abandono total de la actividad agraria debido a la minoración superficial". El perito procesal, designado por insaculación, con título de Ingeniero Agrónomo realiza un estudio, fechado en junio 1990, en el que, entre otros extremos, describe la explotación agraria objeto de la expropiación, explica los métodos que pueden emplearse para valorarla, afirma que opta por obtener el valor real de todos y cada uno de los bienes, referido a noviembre 1987, como le manda el Tribunal, señalando que dicho valor real lo obtiene de capitalizar la renta neta, entendiendo por tal el remanente que queda al separar de la renta bruta el beneficio empresarial o del cultivador. A continuación las cuentas

analíticas de gastos e ingresos correspondientes a cada clase de tierras, especificando el tanto por ciento de beneficio empresarial y el tipo de capitalización respectivo. Valora también las construcciones que se le ha mandado tasar, que no son la totalidad de las que han sido objeto de expropiación. Realiza la crítica de otras valoraciones que figuran en las actuaciones, expresando que, en cuanto al "método sintético por clasificación de LAUR", que, como hemos visto, es el aceptado por el Jurado, no se especifican la multitud de datos que es necesario utilizar en dicho método, que arroja resultados valorativos cambiantes, según la superficie de cada finca y las edificaciones e instalaciones con que cuenta, ofreciendo precios conjuntos, que no permiten separar el que corresponde a la tierra y a las construcciones. En cuanto a los perjuicios, acepta el criterio del Jurado de estimarlos en un 10 por 100 del valor de los bienes expropiados. Al comparar las dos valoraciones expuestas, la del Jurado y la del perito procesal, la Sala entiende que debe aceptar esta última. La tasación del Jurado no se halla apoyada en sólidos fundamentos, que se expliquen en su decisión, exponiendo escuetamente el vocal técnico (Ingeniero Agrónomo) que ha empleado el "método sintético por clasificación LAUR", pero sin precisar en qué consiste ni los datos tomados en cuenta como base para las cifras que determina. En cambio, el informe del perito procesal, también con título de Ingeniero Agrónomo y designado por insaculación, como ha quedado expresado, se halla detenidamente razonado, por lo que, no existiendo en las actuaciones prueba suficiente que lo contradiga, debe aceptarse para determinar el valor de los terrenos y construcciones expropiados, así como de los perjuicios causados, si bien, como señala el escrito de alegaciones presentado en apelación por don Vicente H. G., debe adicionarse con el valor de las construcciones no sujetas a pericia, en las que, por aceptarse los precios señalados por la Administración (folio 5 vuelto del expediente administrativo), no cabe plantear cuestión alguna. La decisión adoptada en este sentido tiene su apoyo en Sentencias de este Tribunal Supremo de 16-12-1988 (RJ 1988, 9406), 30 junio y 15 diciembre 1992 (RJ 1992, 4735), que afirman que el dictamen prestado en vía jurisdiccional, con todas las garantías señaladas en los artículos 610 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene las mismas características de imparcialidad y objetividad que el acuerdo del Jurado, sobre el que en el caso presente, y por las razones ya expuestas, debe prevalecer. En virtud de todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación hecho valer por el señor Abogado del Estado, ya que no se acepta su pretensión de confirmar la valoración del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Badajoz, y estimar el interpuesto por la representación procesal de don Vicente H. G.». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 enero 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, 20.*)

C) *Reversión. Supuesto de obras iniciadas y no finalizadas. Se solicita la reversión transcurridos treinta y siete años. No es preciso el preaviso a la Administración. Polvorín del Ministerio del Aire.*

«Los hechos que han quedado relacionados en el anterior fundamento de derecho demuestran que, en el caso enjuiciado, la Administración militar ha iniciado la obra destinada al cumplimiento de la causa que originó la expropiación, realizando una parte importante y valiosa de ella (la construcción de los cinco túneles de hormigón de cien metros de longitud cada uno), pero dicha obra no ha sido ejecutada totalmente, sin que hayan llegado a establecerse en la misma el polvorín que motivó el expediente expropiatorio, ya que nada se dice al respecto y consta, por el contrario, que las instalaciones no son utilizadas en la actualidad por el Ejército del Aire. Por tanto, debe afirmarse que desde 1949 (año en que tuvo lugar la expropiación) hasta que se solicitó la reversión por los ahora recurrentes (escrito de 2-1-1987, presentado en el Registro del Estado Mayor del Aire el día 8 del mismo mes), esto es, durante un espacio de tiempo de 37 años, la



Administración no ha instalado en los terrenos expropiados el polvorín que constituyó la "causa expropiandi". El artículo 63, ap. a), del Reglamento de 26-4-1957, desarrollando lo prevenido en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, establece que procederá la reversión de los bienes y derechos expropiados: "cuando no se ejecute la obra o no se establezca el servicio que motivó la expropiación". El artículo 64.1 del citado Reglamento añade que "se entenderá no ejecutada la obra o establecido el servicio cuando no habiéndolo sido de hecho manifestare la Administración su propósito de no llevarlo a cabo o de no implantarlo, bien sea por notificación directa a los expropiados, bien por declaraciones o actos administrativos que impliquen la inexecución de la obra que motivó la expropiación o el no llevar a cabo el establecimiento del servicio". En el caso enjuiciado las actuaciones de la Administración militar ponen de manifiesto que durante 37 años no se han ejecutado totalmente las obras necesarias para la construcción del polvorín y que, en consecuencia, dicho polvorín, cuyo establecimiento fue el motivo de la expropiación, no ha llegado a instalarse. El instituto de la reversión tiene por finalidad dejar sin efecto la transmisión operada por virtud de la expropiación, cuando el bien expropiado no ha sido destinado, de manera real y efectiva, al fin que determinó la referida expropiación. Ello es lo que ha ocurrido en el supuesto que se examina. No habiéndose establecido el polvorín que dio lugar a la expropiación en un espacio de tiempo de 37 años, procede reconocer el derecho de los propietarios expropiados (o sus causahabientes) a la reversión de los terrenos, sin que a ello sea obstáculo el hecho de haberse realizado importantes obras, que no han sido terminadas, por lo que en definitiva no se ha instalado el polvorín que originó la privación coactiva de la propiedad privada. Tampoco tiene virtualidad para enervar el derecho de reversión el propósito de utilizar las instalaciones ya construidas en el futuro, si resulta conveniente, expresado por la autoridad militar con posterioridad al ejercicio por sus titulares del derecho de reversión. El hecho cierto es que el polvorín del Ejército del Aire, que constituye la "causa expropiandi", no consta que se haya instalado en los terrenos expropiados, ni se encuentran terminadas las obras, todo lo cual conduce al reconocimiento del derecho de reversión ejercitado con base en el ap. a) del artículo 63 del Reglamento de 26-4-1957. Aunque ninguna de las partes se ha referido a ello, conviene precisar que en el caso que analizamos no se considera necesaria la previa advertencia de los interesados a la Administración de su propósito de ejercitar la reversión, requisito regulado en el artículo 64.2 del Reglamento antes citado, ya que dicho preaviso se exige cuando la Administración, en determinados plazos, no hubiera iniciado la ejecución de la obra o el establecimiento del servicio, con el fin de que pueda realizarlo, pero en el supuesto presente la Administración militar inició y llevó a término la ejecución de importantes obras, sin concluir las durante el plazo de 37 años, lo que hace innecesario, como hemos señalado, el cumplimiento del requisito del preaviso que, por otra parte, no es objeto de reclamación específica. En suma, procede estimar el recurso de apelación considerado, revocando la sentencia recurrida, y declarando el derecho de los actuales titulares a la reversión pretendida, a cuyo efecto deberá procederse de oficio a la valoración de los bienes objeto de la reversión, con arreglo a las normas contenidas en el capítulo III del Título II de la Ley de Expropiación y concordantes de su Reglamento (arts. 54 de la citada Ley y 68 del Reglamento). Resta añadir que la indemnización de daños y perjuicios que los recurrentes incluyen en el suplico de su escrito de alegaciones carece de todo fundamento legal, por lo que debe ser rechazada, lo que determina que la estimación del recurso deba ser sólo parcial, al contraerse únicamente a la pretensión principal». *(Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, 655.)*

## VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES

*Petición. Obligación de resolver sobre el contenido. Carácter graciable de lo solicitado*

«El artículo 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo viene a distinguir dos clases de instancias o peticiones susceptibles de ser formuladas a la Administración por cualquier persona, natural o jurídica. El núm. 1 de dicho artículo, alude a instancias u organismos y autoridades de la Administración del Estado, en general, los que están obligados a resolverlas, incluso en el supuesto de desestimación tácita por silencio, tal como expresa el artículo 94.3 de la propia Ley.

El núm. 2 del artículo 70 contempla las peticiones que interesen de la autoridad un acto graciable, las que se sustanciarán conforme a los preceptos contenidos en las vigentes normas reguladoras del Derecho de Petición, cuyo reconocimiento expreso está formulado en el artículo 29 de la Constitución como uno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro Texto Legal fundamental.

La concreta norma vigente sobre el derecho de petición, en cuanto compatible con la Constitución, se halla contenida en la Ley 92 de 22-12-1960, cuyo artículo 6.º preceptúa que la autoridad a quien se dirija la petición estará obligada a acusar recibo de la misma. Y a remitirla —artículo 7— a la que considere competente si ella misma se estimase incompetente para resolverla.

El supuesto del artículo 70.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con l Ley 91 de 22-12-1960, ha de ser interpretada a la luz del artículo 29 de la Constitución, en cuanto que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, y el derecho de petición, que reconoce la S. 10-4-1987 (RJ 1987, 2301), quedaría reducido en sus resultados prácticos a una mera proclamación programática, de no ser adecuadamente resuelto, eximiendo a los poderes públicos de los estrictos deberes impuestos en el artículo 53.1 de la Constitución, que tampoco pueden ser frenados o reducidos por criterios excesivamente formalistas derivados hacia la exigencia de complicadas normas rituarías, entorpecedoras de las aspiraciones encaminadas al logro de una Administración idónea, rápida y eficaz.

La obligación de resolver sobre el contenido de la petición, determinada lógicamente la posibilidad de fiscalización jurisdiccional de las resoluciones expresas o presuntas sobre lo cuestionado en la petición formulada, incluso en el supuesto del potencial carácter graciable de lo peticionado, cuya efectiva tal naturaleza debe ser objeto de la correspondiente revisión jurisdiccional. La denegación presunta de lo peticionado, a través del silencio administrativo —artículo 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo— constituye, pues, en principio, un acto administrativo, que puede ser impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa por quienes tuviesen interés directo en ello.

En el presente supuesto, la parte apelante, además de su reconocido derecho a ser enjuiciado el fondo de su pretensión, solicita que el órgano de la Administración competente ejecute las obras necesarias para la realización de un nuevo acceso desde la carretera SG-342 a su finca particular. Afirma que se ven afectados el derecho a la seguridad en general del artículo 17 de la Constitución, a la seguridad en el trabajo —artículo 40— y a la integridad física —artículo 15—, porque, según su alegación, el acceso desde dicha carretera y la salida a la misma con carros y tractores constituye un evento peligroso y de graves riesgos para la circulación, al existir un cambio de rasante a unos 50 metros.

Tal aseveración, podría ser exacta, si el acceso a la finca se verificara, desde la dirección contraria cruzando la totalidad de la calzada, independientemente de que exista o no raya continua en su mitad, porque la existencia del referido

cambio de rasante, obliga ineludiblemente, observando de modo estricto las normas de seguridad vial vigentes, a tomar la dirección contraria, en lugar permitido para ello con visibilidad adecuada. Ello hace, sí, la entrada en tractor u otro vehículo desde la carretera a la finca menos directa y cómoda, pero de ningún modo cuestiona la seguridad en el tráfico, ni la personal, ni la posible infracción de normas legales de circunvalación.

Ello pone de relieve que el acto administrativo impugnado tiene un contenido eminentemente discrecional y facultativo para la Administración, no incurriendo en ninguna infracción que escape al principio de legalidad, pues, en este supuesto, la Administración no está obligada ante el derecho de petición, al ser el contenido del mismo de carácter graciable, porque la Administración en la ejecución de obras públicas, creación de nuevos servicios o mejora de las existentes, ha de tener siempre como norte de su actividad el interés público y social predominante y las disponibilidades económicas, y el hecho de poder ser más o menos conveniente la realización de un nuevo acceso a una finca privada, en interés cuasi-exclusivo de su propietario no implica en absoluto su obligación de materializarla de modo inmediato y necesario en detrimento de otros intereses generales.

Por todo ello, procede estimar en cuanto al fondo del asunto el recurso de apelación interpuesto, y declarar ajustado a derecho el acto denegatorio recurrido». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 13 octubre 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 366.*)

## IX. ASISTENCIA SOCIAL

*El deber público de desarrollar una política social en relación con los ancianos (art. 50 CE), regulado en una norma autonómica de ayudas, no puede ser excusado por la obligación civil de asistir en alimentos a los parientes sin recursos*

«El artículo 50 de la Constitución Española de 1978, en su primer inciso, dispone: "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la insuficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad".

El artículo 50 de la Constitución, va dirigido a los poderes públicos que, por imperio de dicho precepto, deben llevar a cabo una política social en relación con los ancianos, de suerte que éstos queden suficientemente protegidos: es una exigencia de la Constitución que tiene en cuenta la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma. Los poderes públicos, han de garantizar pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas a aquellos ciudadanos que, por su edad, no puedan trabajar y se hallen en situación económica tal que, sin ayuda, no sería posible su subsistencia. Se trata, pues, del deber de la Administración de desarrollar y, en su caso, explicitar en actos administrativos concretos su propia actividad protectora, para satisfacer un derecho subjetivo de derecho natural y fundamental, que aparece encarnado en la necesidad de asegurar la subsistencia de los ancianos realmente necesitados.

Ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se planteó la siguiente cuestión: si doña Isabel del R. de A., nacida el día 23-2-1920, sin trabajo y sin medios para subsistir, es acreedora a que se le reconozca el derecho a la ayuda por ancianidad, al amparo del Real Decreto 2629/1981, de 24 julio, regulador de la concesión de ayudas periódicas e individualizadas, con cargo al Fondo de Asistencia Social.

La Administración denegó a doña Isabel del R. de A. dicho derecho, pero la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Valladolid, del Tribunal Supe-

rior de Justicia de Castilla y León, anulando los actos administrativos impugnados, reconoció a dicha señora el derecho a que le sea concedida la ayuda por ancianidad correspondiente.

Frente a la sentencia apelada, la Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, argumenta que la literalidad del Real Decreto 2620/1981, no permite conceder el derecho solicitado por la demandante, porque del expediente se deduce que existen otros hermanos. También argumenta que, a su juicio, los alimentos a que se refiere el Código Civil son irrelevantes en los supuestos de ancianidad.

La representante de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, transcribe, en sus alegatos, el artículo 1.2.b) del citado Real Decreto, en los siguientes términos: "Podrán ser beneficiarios de estas ayudas quienes reúnan las siguientes condiciones: b) No tener familiares que estén obligados a atenderles en la forma establecida en el Libro I, Título VI, del CC".

d) Que la motivación del acto administrativo denegatorio tiene el siguiente contenido: "Considerando que en trámite de alegaciones que no han sido desvirtuadas las causas de denegación señaladas por el servicio territorial de la Consejería de Cultura y Bienestar Social que instruyó el expediente, por lo que procede confirmar dichos motivos de denegación, dándose por reproducidos". En la resolución del recurso de reposición se añade, como argumento, el siguiente: "Considerando: que el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio ("BOE" de 6 de noviembre) exige, como condición indispensable para recibir la ayuda de ancianidad la de carecer de medios económicos para la subsistencia [apartado 2.a) del art. 1.º], y no tener familiares que estén obligados a atenderle [apartado 2.b)]". A tal argumento, la Administración en dicho recurso de reposición añadió que el hecho de que el hermano de la demandante perciba una pensión de 34.770 ptas. es determinante de que la solicitante incumple el requisito establecido en el apartado 2.b) del artículo 1.º de dicho Real Decreto.

Al analizar los actos administrativos impugnados, se observa que la Administración, en este caso, fundamenta su negativa al reconocimiento del derecho de ayuda por ancianidad a doña Isabel del R. de A., en que un hermano de la misma percibió una pensión mensual de 34.770 ptas. mensuales. A juicio de la Administración ello significaba que no se daba el requisito del artículo 1.2.b) del RD 2620/1981. La Administración enlazó su decisión negativa al Código Civil, lo que contrasta con la posición que mantiene su representante ante esta Sala que, frente a la sentencia apelada, produce una argumentación que le lleva a la afirmación siguiente: "Ello significa que en los supuestos de ayuda por ancianidad, se produce una identificación entre "alimentos" y "auxilios", que son conceptos jurídicos diferentes a otros efectos que nada tienen que ver con los que estamos examinando, relativos a las ayudas por ancianidad, previstas en el Real Decreto 2620/1981, de 24 julio".

Después de todo lo expuesto, se debe afrontar ya la cuestión de si la sentencia apelada es correcta en términos de Derecho, teniendo en cuenta que los alimentos entre parientes que reconoce el Código Civil, en cuanto derecho subjetivo del pariente necesitado, es un derecho privado cuya satisfacción depende de las circunstancias del alimentista. Precisamente la solicitante recibía ayuda de su hermano en la escasa medida de sus cortas posibilidades económicas: ese deber legal y solidario entre parientes, pero variable y condicionado a la fortuna del obligado civil, no es exigible si tal obligación comportara desatención de sus propias necesidades vitales. Esta obligación civil del alimentista en casos como el que nos ocupa, no libera, en modo alguno, a la Administración del cumplimiento del mandato contenido en el artículo 50 de la Constitución; precisamente, el deber de protección que incumbe a la Administración por razón de la subsistencia de las personas necesitadas, queda contemplado en el Real Decreto citado, para resolver situaciones individualizadas. Y ningún género de duda ofrece la necesidad explicitada por la solicitante y que refleja el expediente administrativo. Por

tanto, hay que concluir con que la solicitante es acreedora a su derecho subjetivo natural y fundamental a la subsistencia. Y ningún género de duda ofrece a esta Sala —dado el contenido del expediente y el del proceso— la clara insuficiencia económica de la pensión del hermano de la demandante que, aun con la ayuda que mínimamente pueda aportar a su hermana, lo procedente es declarar conforme a Derecho la sentencia dictada por el Tribunal de Primera instancia.

Todo lo anteriormente razonado, conduce a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contra la Sentencia núm. 615, de fecha 12-9-1990, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el Recurso núm. 1260 de 1988, y a la confirmación de la sentencia apelada.

Todo lo razonado y la posición de la Administración demandada que frente a una sentencia de primera instancia conforme a derecho la impugna sin posibilidad de éxito, determina que esta Sala, al amparo del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, aprecie temeridad en la parte apelante, lo que obliga a imponerle las costas procesales de esta apelación». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9760.*)

## X. URBANISMO

### *Planeamiento*

1. *No procede la suspensión judicial de un Plan aprobado en contra del informe vinculante del MOPU sobre el cumplimiento de la Ley de Costas cuando el propio Plan proclama que su ejecución deberá respetar dicha Ley.*

*Vid. II. ACTO ADMINISTRATIVO, B) 1. (Auto 9 de noviembre 1992, 3.1, 9313.)*

2. *Calificación del suelo. Control de la discrecionalidad. Verde privado de interés especial. Improcedencia por inexistencia de vegetación que convenga proteger o integrar en el entorno.*

«Más concretamente ha de señalarse que de la racionalidad en la actuación administrativa deriva una necesidad de coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación —S 8-10-1990 (RJ 1990, 7842)—, pues, siendo presumible que las reglas generales del plan obedecen a un designio nacional, apartarse de él supone una incoherencia si tal desviación no aparece respaldada por una justificación suficiente —S 20-3-1990 (RJ 1990, 2246).

Y dado que el plan litigioso ha establecido en su artículo 119 los criterios conducentes a la calificación de un terreno como “verde privado de interés especial”, es claro que ante todo ha de examinarse si las características del suelo al que se refieren estos autos justificaban, en coherencia con aquellos criterios, la calificación hecha.

El ya citado artículo 119 —folio 138 de la pieza segunda del expediente—, siguiendo la traducción que hace la Generalitat en su primer escrito de alegaciones, prescribe la calificación de “verde privado de interés especial” para “aquellos espacios no edificados con una vegetación que conviene proteger o integrarla en un ambiente o entorno a preservar”.

Dos son pues los criterios esenciales: la existencia de una vegetación a proteger o su integración en el entorno.

Por lo que se refiere al primero de los indicados criterios —vegetación que conviene proteger— será de señalar que del dictamen emitido por perito Ingeniero Técnico Agrícola designado por insaculación —folio 126 de los autos— derivan los siguientes datos en cuanto a la perspectiva que en este momento interesa:

A) Se trata de “los restos de los antiguos huertos desaparecidos, así como algún elemento como árbol de jardín, de forma aislada y de escaso interés, entremezclados de forma desordenada” —folio 135.

B) No existe ningún árbol “destacable y vigoroso”, ni siquiera “sano” —folio 154.

C) Se aprecian en ellos distintas enfermedades, plagas, anomalías y alteraciones no parasitarias, así como mutilaciones y podredumbres —folios 154 y 155.

D) El suelo tiene un valor agronómico “mediano bajo”, con fertilidad “pobrísimas”, estando más próximo a la calificación de “suelo malo” —folio 159.

E) La finca presenta un alto grado de contaminación por su colindancia con una vía de intenso tráfico rodado —folio 160—, adolece de insuficiencia de luz —“las plantas existentes en dicho jardín carecen de los mínimos necesarios de iluminación”, folio 160— y el agua no es idónea para el riego del jardín —folio 161—, factores todos ellos que inciden negativamente sobre sus plantas, desencadenando “un proceso irreversible de consecuencias leales a corto o largo plazo” —folio 166.

En definitiva, el perito procesal, Jefe del Departamento de Jardines Históricos del Ayuntamiento de Barcelona, concluye indicando que el planificador no ha tenido en cuenta las circunstancias y factores que acaban de señalarse y que “condicionan de manera absoluta el huerto jardín de autos” —folio 167.

Y sobre la base de este dictamen pericial, la Sala entiende que no existía en el terreno litigioso una vegetación apta para provocar la subsunción en el artículo 119 de las Normas del Plan impugnado.

En cuanto al segundo de los criterios justificativos de la calificación “verde privado de interés especial” —integración en el entorno—, será de advertir que el dictamen del ya indicado perito, así como el emitido por el Arquitecto designado también por insaculación —folio 214— ponen de relieve que “el solar de autos está rodeado de grandes edificaciones” —folio 221—, más concretamente, de “edificios entre medianeras vistas” —folio 135—, lo que origina un resultado antiestético de “intoxicación visual” —fol. 166—. En definitiva, y como señalaba la propia Generalitat en otro momento, a su alrededor ha surgido un “horizonte de cemento” —folio 23, primera pieza del expediente.

Y así las cosas, ha de entenderse que ese “horizonte de cemento” circundante, integrado por medianeras vistas, impide la integración del terreno litigioso en su entorno a título de jardín.

Es claro, por tanto, que la coherencia exigible al planeamiento urbanístico no permite calificar el suelo litigioso como “verde privado de especial protección” dados los criterios expresados en el ya indicado artículo 119 de las Normas del Plan.

Sin embargo, ha de añadirse que la Generalitat para justificar la racionalidad de la calificación impugnada aduce que con ella habría de mejorar el microclima de la zona.

Y ya en este punto habrá de recoger nuevamente las indicaciones de los antes mencionados informes periciales:

A) El terreno discutido, de 1.708,31 m.<sup>2</sup> —folio 227—, “difícilmente” podría contribuir a mejorar las condiciones ambientales —folio 230—, que, por otro lado, han de verse favorecidas por la cercanías de un Parque Municipal de 32.400 m<sup>2</sup> a 360 metros de la finca de autos —folio 230.

B) Dado que “la mayoría son plantas caducifolias durante seis meses no tienen ninguna influencia sobre el medio ambiente circundante” —folio 166.

C) En definitiva, “la agresión que reciben las plantas por todos y cada uno de los factores externos es mayor que la posible influencia que puedan ejercer las plantas sobre el medio ambiente circundante” —folio 166.

Tampoco, pues, esta línea argumental es bastante para justificar la calificación impugnada, que, por consecuencia, al no ajustarse a las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, debe ser anulada.

Habiéndolo entendido así con acierto la sentencia apelada procedente será la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Generalitat». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 2523.*)

3. *Suelo no urbanizable. Construcción de piscina. Computa a efectos edificatorios si se construye sobre una estructura.*

«La defensa del señor D. pone especial énfasis en destacar que las piscinas nunca computan a los efectos edificatorios, lo que no deja de ser cierto, si éstas se construyen a ras del suelo o con una ligera pendiente, pero no cuando, como es el presente caso, se construyen sobre una estructura de soportales en arco que conforman la terraza situada en planta piso. El artículo 114 transcrito nos habla de volumen edificado, lo que encaja, obviamente, con el supuesto de hecho, y sin que se pueda acudir tampoco al contenido del mismo parágrafo, cuando utiliza las expresiones almacenes, gallinero, etc., dado que no caben en este punto interpretaciones extensivas, sino las propias derivadas del artículo 3.1 del Código Civil. La prueba practicada es harto elocuente, tanto los planos, folio 33; fotografías, folios 34, 35 y 36, como los informes periciales, folios 59, 60, 104 y 105, aseveran de forma indubitada la realidad de la construcción. Construcción que contraviene el ordenamiento jurídico urbanístico, ya que, como afirma el Arquitecto señor L. M., folio 59, “En el caso que nos ocupa la piscina no computa volumen, pero la terraza que la rodea al estar elevada sobre la rasante del terreno sustentada por una galería porticada modifica el aspecto exterior de la edificación existente (art. 178 Ley del Suelo), aumentado el volumen, de la planta baja existente, ya que los balcones o terrazas y las superficies cubiertas no cerradas (porches o plantas diáfanos) se computarán por el 50 por 100 de su superficie”; y el Arquitecto señor E. M.: “las obras inciden en la configuración arquitectónica del conjunto de forma notoria... Considera el que suscribe que al delimitarse un volumen y si se ejecuta de forma rígida este volumen debe contabilizarse”. En el expediente administrativo aparece que se da un volumen de 570 m añadido al existente y una ocupación adicional de 190 m. De todo ello se induce que nos hallamos ante una construcción realizada sin licencia municipal de obras, licencia preceptiva, y que la misma no es legalizable porque incrementa el exceso edificado. Afirmaciones que se incardinan en lo preceptuado en los artículos 53 y siguientes del Reglamento de Disciplina Urbanística, al vulnerarse las prescripciones contenidas en la Ley del Suelo y Plan General de Ordenación Urbana y computarse aquella construcción como infracción urbanística de carácter grave». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 540.*)

## XI. PROCEDIMIENTO

*Ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento. Materia tributaria. Valor supletorio de la Ley procedimental en esta materia. Aplicación de la Ley 30/1992.*

«Como tiene dicho esta Sala en su S. 18-11-1992, no cabe atribuir a la Ley de Procedimiento Administrativo unos efectos expansivos que nunca tuvo. Frente a

la declaración (genérica y ambiciosa) de su artículo 1.º1, la Disposición Final Primera-3 autorizó al Gobierno para señalar cuáles eran los procedimientos especiales que, por razón de su materia, continuaban vigentes; y en uso de tal facultad fue promulgado el D. 10-10-1958 que, a través de más de una veintena de casos, constituyó el contrapunto a la vocación unificadora de aquel artículo 1.º Y, ciertamente, entre los procedimientos especiales que enumera tal Decreto se encuentran los de "liquidación, *inspección*, *investigación* y gestión de los diferentes impuestos y contribuciones" que, en principio, quedan sustraídos a la aplicación directa de aquellas normas generales, si bien a tenor del artículo 1.º2 de la propia Ley de Procedimiento Administrativo, la especialidad sólo puede predicarse respecto de "Las normas contenidas en los Títulos IV y VI, salvo el Capítulo I de éste, y en el Capítulo II del Título I".

Sin embargo, años después, la Ley General Tributaria, de 28-12-1963, señaló en su artículo 9.º un peculiar orden de prelación de fuentes en el terreno fiscal. Así, establece que los tributos se regirán por dicha Ley General, por las leyes propias de cada uno de ellos y por los Reglamentos, en especial, de *gestión*, recaudación, *inspección* y de las reclamaciones económico administrativas, relegando a la categoría de Derecho "supletorio" las "disposiciones generales del Derecho administrativo" (art. 9.º2). Significa, por tanto, que una norma de igual rango que la Ley de Procedimiento Administrativo, posterior a ella y de carácter especial, estableció (teniendo, ciertamente, virtualidad para ello) un distinto orden de aplicación de las normas, y, en el campo tributario —porque así lo dice la Ley de 1963— las normas reglamentarias sobre gestión e *inspección* de los tributos tienen prevalencia sobre las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, a las que se atribuye la función de Derecho supletorio de aquéllas.

A mayor abundamiento es de señalar que la recientemente aprobada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, rubrica la tesis que antecede cuando establece, en su Disposición Adicional Quinta-1, que "Los procedimientos administrativos en materia tributaria y, en particular, los procedimientos de gestión, liquidación, comprobación, investigación y recaudación de los diferentes tributos se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley". Se perpetúa en el tiempo, por tanto, tal supletoriedad de las normas administrativas de carácter general respecto de los procedimientos de la Administración Tributaria. De ahí que tampoco pueda acogerse el reproche que los actores hacen a este ap. 2 del artículo 3.º No obstante lo que antecede, la nueva Ley 30/1992 ofrece la particularidad de regular conjuntamente el "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas" y el "Procedimiento Administrativo Común", lo que significa que la supletoriedad establecida en la Disposición Adicional citada concierne sólo a éste, pero no al Régimen Jurídico de las Administraciones Tributarias». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 22 enero 1993, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 1114.*)

## XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### A) *Carácter revisor*

1. *El Tribunal puede anular el acto y adjudicar la concesión de un puesto de loterías al recurrente al ser éste el contenido de la pretensión que delimita el conocimiento del órgano jurisdiccional.*

«Prescindiendo de las alegaciones del particular apelante, que reproducen los argumentos formulados a la instancia, en orden a justificar que tanto sus circuns-



tancias personales como las del local ofertado por su parte son más ventajosas que las de la apelada y ello no sólo porque pugnan con lo que resulta de la prueba practicada, objeto de una minuciosa valoración en los fundamentos jurídicos de la sentencia de primer grado, sino porque el propio Abogado del Estado, actuando en la misma posición procesal de apelante, nada tiene que objetar a la anulación en las resoluciones cuestionadas, por entender acreditado el error padecido al otorgar sólo noventa puntos a doña Emiliana P. M., la única objeción que como tal puede considerarse en este proceso, es la relativa a que la sentencia impugnada debió limitarse a ordenar la celebración de nuevo concurso, sin sustituir en sus funciones al órgano administrativo, como hiciera en el fallo al adjudicar directamente el despacho de lotería a la demandante inicial.

Conviene no obstante recordar al respecto que el alcance de la sentencia no se limita a la declaración de conformidad o disconformidad a derecho y en su caso a la anulación del acto o disposición recurrida, sino que conforme a lo dispuesto en el artículo 84.b) de la Ley Jurisdiccional, debe reconocer la situación jurídica individualizada que proceda, así en la demanda se hubiere deducido esta pretensión. En tal supuesto tanto el precepto citado como el artículo 42 al que se remite el anterior, habrá que adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

Carecería de sentido que postulado en la demanda y declarado en la sentencia el mejor derecho de un concursante a la adjudicación de un despacho de lotería, cuando sean únicamente dos los candidatos en litigio, hubiera que obtener luego el refrendo administrativo, mediante la celebración de un nuevo concurso que no podría alterar el resultado de la decisión judicial.

No es sólo que padezca seriamente el principio de economía procesal, con una medida de efectos exclusivamente dilatorios, como la propugnada por los apelantes, que no podría modificar la declaración de mejor derecho de la recurrente inicial ni por ende las consecuencias prácticas de este reconocimiento, ocurre además que de entenderlo de otro modo quedaría insatisfecha la pretensión a cuyo restablecimiento es obligado atender y que aspiraba cabalmente a obtener la adjudicación de la Administración de Loterías de San Leonardo de Yagüe, criterio correctamente aplicado por la sentencia apelada cuya confirmación reclama su propia conformidad a derecho». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993, Sala 3.º, Sección 2.º, Ar. 9.*)

2. *Poder de sustitución de los tribunales en la decisión administrativa. El planeamiento urbanístico conduce a una solución única coherente. Cabe el poder de sustitución.*

«Ya en el terreno de la sustitución de la calificación anulada por la pretendida por la parte en su día demandante —“zona residencial en manzana cerrada”, clave I— será de recordar que el criterio jurisprudencial en materia de calificaciones urbanísticas —S. 2-4-1991 (RJ 1991, 3278)— es el de que aun procediendo su anulación en sede jurisdiccional no siempre resulta viable que los Tribunales formulen una nueva calificación:

A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto.

B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas del planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así, SS. 22 septiembre y 15 diciembre 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —artículo 24.1 de la Constitución— que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso.

En el caso que ahora se examina será de indicar:

A) El terreno litigioso se encuentra inmerso en un suelo que el planeamiento califica como Zona I "residencial en manzana cerrada" —folio 223 de los autos—, calificación esta que no sólo va referida a la manzana en la que se halla aquél, sino también al suelo circundante. Y este es el dato que ahora se contempla y que diferencia el litigioso del caso examinado en la S. 15-12-1986.

B) Dicho terreno aparece rodeado, como ya se ha dicho, de edificios entre medianeras vistas que dan lugar a un "horizonte de cemento" que provoca una "intoxicación visual".

Y será de añadir, recogiendo el informe del perito arquitecto, que "las paredes medianeras son en todo caso paredes para ser vistas con carácter provisional y, por tanto, no para un modo definitivo de terminación". Por ello, "desde un punto de vista estético-urbanístico, cabe pues pensar que los elementos provisionales no caracterizan dignamente el entorno urbano y humano de la ciudad, por la que cabe afirmar que una pared medianera vista y además mal terminada no es una buena solución ni urbana ni arquitectónica y ni paisajística" —folio 225.

Ocurre así, que los datos de hecho reclaman una solución urbanística que elimine la situación necesariamente provisional de las medianeras vistas para que queden ocultas, resultado este al que se llega precisamente manteniendo la coherencia del planeamiento, es decir, atribuyendo al terreno litigioso la calificación de los suelos circundantes —clave I, "residencial en manzana cerrada".

En el mismo sentido puede recordarse que la presumible racionalidad de las líneas generales del planeamiento exige que un apartamiento de aquéllas sea especialmente motivado y en el caso litigioso, eliminada por falta de racionalidad y la fundamentación de la que derivaba aquel apartamiento, resulta claro que han de recobrar su plena virtualidad los criterios generales del plan que para el entorno del terreno discutido han previsto la calificación de "residencial en manzana cerrada"». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo de 1993, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 2532.*)

*B) Órganos. Una vez la sala de un TSJ ha acordado su inhibición en un proceso en favor de la Audiencia Nacional, pierde la competencia para continuar y resolver la pieza separada de suspensión del acto recurrido.*

«Según se indica por la parte apelante, al evacuar el trámite previsto en el artículo 100 de la Ley Jurisdiccional antes de su modificación por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó Auto con fecha 16-5-1989, por el cual, vista la procedencia del acto impugnado, acuerda pasar las actuaciones al Sr. Abogado del Estado para oírle sobre la posible competencia de la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional (testimonio de esta resolución obra unido a la pieza separada de suspensión) y posteriormente aquel Tribunal dictó Auto con fecha 18-7-1989, por el que se inhibía del conocimiento del recurso contencioso-administrativo en su día deducido, pasando las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, quien al parecer aceptó la competencia deferida, pues la parte apelante, aporta con su escrito, Auto de la Sección Primera de la Sala de la Audiencia Nacional de fecha 6-2-1990, por el que se declaró no haber lugar a la suspensión del acto recurrido, tras la tramitación de la correspondiente pieza separada.

El Auto objeto de la presente apelación es el de fecha 3-5-1990, dictado por la Sección Primera de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que también acuerda denegar la suspensión solicitada por la parte actora, en su escrito de interposición del recurso, del acto objeto de impugnación jurisdiccional. Ello es motivado, al parecer, según se induce de las actuaciones,

porque acordada la inhibición por la Sección Primera de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en favor de la competencia de la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Nacional, a este Tribunal sólo se le remitieron los autos principales, no habiéndose realizado el envío de la pieza separada de suspensión —como debió realizarse—, lo que dio lugar a que permaneciendo la pieza separada de suspensión en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por éste se continuara tramitando la pieza, hasta alcanzar resolución en la misma, lo que aconteció por el Auto 3-5-1990, que constituye el objeto de la presente apelación.

La parte actora y apelante, actúa ante esta Sala con una implícita impugnación del citado Auto de 3-5-1990, y siendo ello así y resultando que los Tribunales deben revisar de oficio la jurisdicción y competencia objetiva y funcional para el enjuiciamiento de las cuestiones que son sometidas a su decisión, lo que es trasladable al Tribunal de apelación, por el desplazamiento que se produce al Tribunal “ad quem” de todo el contenido procesal y material del proceso de instancia, ha de declararse la nulidad del Auto dictado por la Sala de la Jurisdicción —Sección Primera— del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3-5-1990, habida consideración, que habiéndose acordado con anterioridad a esta fecha —concretamente por Auto de 18-7-1989— por dicho Tribunal, la inhibición del conocimiento del proceso principal en favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desde esta fecha carecía, por decisión propia, de competencia para seguir conociendo de los autos principales, carencia de competencia que se comunica a la pieza separada de suspensión, por lo que es visto que la Sección Primera de la Sala Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia, al dictar el cuestionado y ya citado Auto de 3-5-1990, carecía de la competencia necesaria para deducirlo, pues el efecto insito de la inhibición, es la falta de competencia del Juez o Tribunal que acuerda la inhibición para enjuiciar las cuestiones controvertidas en el proceso principal y en sus piezas, que se desplaza al Tribunal que se entiende competente». (*Auto de 23 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9942.*)

C) *Costas. En la imposición de costas al demandante se incluyen los honorarios del Abogado del Estado. La impugnación de tales costas por el recurrente debe reputarse como temeraria, lo que conlleva de nuevo la impugnación de las costas de este último incidente al recurrente.*

«En el recurso de revisión sustanciado ante esta Sala, con el núm. 2 de 1991, recayó Sentencia, de 5-12-1991, por la que, l desestimarse la demanda de revisión formulada por la Sociedad “C. I. V. A. SA”, en anagrama “CIVINASA”, y conforme al artículo 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impusieron las costas a dicha Sociedad demandante. Al incluirse en la tasación de costas a dicha Sociedad demandante. Al incluirse en la tasación de costas, como partida única, la minuta de honorarios del Abogado del Estado “por estudio de antecedentes y contestación a la demanda de revisión”, la Entidad condenada al pago impugna, por indebida, dicha partida y la tasación que, con inclusión de la misma, fue practicada con fecha 24-2-1992. Las razones en que se sustenta la improcedencia del devengo de dichos honorarios por el representante de la Administración estatal son, en síntesis, la de que el Abogado del Estado percibe retribución funcional por su trabajo, y que el ingreso del importe de la minuta en el Tesoro implica la exacción de un impuesto o tasa estatal, cuyo percibo carece de base legal, añadiendo que no puede parificarse al defensor de la Administración del Estado con los Letrados en ejercicio, a los efectos de cobro de honorarios devengados, ya que aquél no se halla colegiado y no le afectan las cargas que lleva aparejadas la adscripción al correspondiente Colegio Profesional. Pretenden, en consecuencia, y así lo ratificó el Letrado director de la Sociedad impugnante en el

acto de la vista, la improcedencia de dicha minuta de honorarios y la no aprobación de la tasación de costas que, como partida única, la incluyó.

La base normativa para que los Abogados del Estado devenguen honorarios en su labor de defensa de aquél en los litigios en que esa parte se halla, por lo que se refiere al orden jurisdiccional Contencioso Administrativo, en el artículo 131.4 de la vigente Ley de esta Jurisdicción, precepto que comienza diciendo: "Con el importe de las costas que deberán abonarse a la Administración del Estado...", y ello con independencia del destino de las cantidades por tal concepto percibidas, pues, lo cierto es que no sólo en el texto legal vigente ya citado, sino en la inicial regulación del recurso contencioso administrativo, en nuestro Derecho, ya se previó dicha posibilidad legal de que la Administración del Estado devengase, por la labor realizada por sus representantes en el proceso administrativo, costas, y así lo establecían tanto el artículo 214 del Reglamento de 22-6-1894, como, con inmediata regulación anterior a la Ley vigente, el Texto refundido aprobado por D. 8-2-1952, cuyo artículo 101, párr. 3.º, exceptuaba de la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas correspondientes a la Administración, por su defensa, si bien imponía a éstas determinados límites cuantitativos, según el tipo y resultado del proceso, límite que desapareció en la regulación que ha llegado hasta nuestros días, contenidas en la Ley de 27-12-1956. Habría que añadir que, por vía de supletoriedad, sería en este punto aplicable el precepto que, en las normas reguladoras del Cuerpo de Abogados del Estado (Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por D. 27-7-1943, establece el deber ("obligación", en los términos del precepto) de pedir oportunamente la tasación de costas cuando el litigante contrario fuese condenado al pago de las mismas, "y presentar la minuta de honorarios con sujeción a los usos y costumbres de la localidad e importancia del litigio", tal como prevé el artículo 55, regla 6.ª, apartado "j" del mencionado Reglamento Orgánico. Finalmente, esta tesis favorable al devengo de honorarios de la Abogacía del Estado fue ya establecida por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conociendo de impugnación de costas producidas en recurso de revisión, en su S. 3 abril del presente año (RJ 1992, 2723).

Se trata de partida procedente, en cuanto son honorarios devengados por estudio y redacción de escrito de oposición al recurso de revisión, escrito al que no cabe considerar como superfluo, inútil o no autorizado por la Ley, por lo que no concurre ninguna de las condiciones negativas previstas en el artículo 424 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil para la exclusión de la partida minutada, en forma detallada, que ha de integrar, por lo expuesto, la tasación de costas objeto de impugnación en el incidente al que pone fin esta sentencia.

No se trata, el devengo de honorarios cuestionado, de retribución adicional que se integre en la correspondiente al funcionario que asume la tarea de representación y defensa de la Administración del Estado (ex art. 447.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial), sino de ingresos del Tesoro, cualquiera que sea su destino o adscripción inmediata; y no cabe argüir que estemos en presencia, como quiere la parte impugnante, de tasa o tributo cuya exacción esté sometida a los principios de reserva de ley y a los requisitos que para su válida exigibilidad señala la Ley General Tributaria, pues ni la base normativa de su devengo, ni la estructura de la obligación, ni el ámbito en que se produce, que es, como certeramente recordó en el acto de la vista el Abogado del Estado, el estrictamente procesal, conducen a mantener dicha equivocada conclusión.

No es, por otra parte, argumento de recibo el de que el Abogado del Estado no se halla en pie de igualdad con las demás partes del proceso, en cuanto a su función de dirección técnica de la Administración demandada, por la exoneración de cargas colegiales, al no hallarse incorporado a un Colegio de Abogados. Pero una cosa es la igualdad procesal de partes, que se produce sometiendo al mismo régimen de devengo, las costas causadas por un y otra parte, y otra diversa el que,

dado el "status" funcional de los Abogados del Estado, al igual que los Letrados integrados en los servicios jurídicos de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales, aquéllos ostenten habilitación legal para ejercer su función procesal sin cumplir tal requisito, como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 69/1985, de 30 de mayo (RTC 1985, 69), dictada por su Sala Segunda en recurso de amparo, con base en el artículo 46, párr. 2.º, del mencionado Reglamento Orgánico.

La clara base normativa en que se apoya el devengo de honorarios objeto de impugnación, y la jurisprudencia recaída sobre la materia en sentido favorable a la válida exigibilidad de honorarios por el representante procesal de la Administración del Estado, conducen a reputar como temeraria, en términos procesales, la actuación de la sociedad impugnante, que se hace así acreedora, conforme al artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción, a la imposición de las costas causadas en el presente incidente». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio 1982, Sala Especial de Revisión, 10679.*)

#### D) *Ley de 26 de diciembre de 1978*

*Cabe seguir el procedimiento de Ley 62/1978 para la impugnación indirecta de un reglamento contrario a los derechos fundamentales, pudiendo concederse, además, indemnización por daños en la Sentencia de apelación, incluso cuando no se hubiera pronunciado sobre ella la sentencia de instancia.*

«La incongruencia puede producirse por exceso o por defecto, por contener la decisión judicial más o menos pronunciamientos que cuestiones planteadas por los litigantes. En la demanda de revisión que ahora nos ocupa se alega aquélla, como consecuencia de que la Sección Séptima de esta Sala, autora de la sentencia impugnada aquí y ahora, declaró en ella el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración General del Estado, sin que sobre tal cuestión se hubiera pronunciado la entonces Audiencia Territorial de Burgos en la primera instancia ni tampoco contuviera alegación alguna al respecto el escrito donde se razonaba e interponía el recurso de apelación. Ahora bien, este planteamiento olvida, por una parte, la estructura y la función de la segunda instancia, mientras que —por otra— deja en la sombra deliberadamente elementos esenciales.

(...) En la primera instancia se rechazaron las dos pretensiones, principal y derivada, mientras que la segunda y definitiva sentencia anula los actos administrativos objeto del proceso y condena a la Administración al pago de una indemnización cuya cuantía se defiere a la fase de ejecución. El sucinto relato anterior y las reflexiones a su socaire ponen de manifiesto que existe una perfecta correlación entre los pronunciamientos judiciales y las pretensiones esgrimidas desde un principio por la sociedad anónima demandante, así como la oposición formulada de contrario por la Administración General del Estado, simétricamente enfrentadas, ya que la sentencia impugnada contempla el planteamiento completo del debate judicial y lo enjuicia en sus diferentes aspectos, sin omitir ninguno. A tal respecto, conviene no olvidar que la congruencia exigida por la Ley no conlleva un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia con el esquema discursivo de los escritos forenses (demanda, contestación, conclusiones y alegaciones), donde se contienen las argumentaciones respectivas. Tampoco exige una subordinación del fallo o parte dispositiva a la formulación de las peticiones contradictorias de los litigantes. En definitiva, esta característica extrínseca de la resolución exige nada más, pero nada menos, que el Juez decida todas y cada una de las cuestiones controvertidas, explícitamente en

principio o al menos implícitamente, si en uno y otro caso la respuesta judicial es además nítida y categórica, sin oscuridad ni ambigüedad. Así lo hemos venido diciendo a lo largo de muchos años, en un abundante y consistente acervo jurisprudencia, que aparece recopilado y sistematizado ya en nuestra S. 2-6-1989 (RJ 1992, 3748), y en algunas otras más recientes (8, 11, 12 y 20 junio 1990 [RJ 1992, 8644, 8645, 8646 y 7933]) (...) el principio de legalidad que ha de informar el entero régimen jurídico de la potestad sancionadora sienta sus reales también en el ámbito de la policía de espectáculos cuya regulación se encuentra en el Reglamento de 27-8-1982, promulgado bajo el amparo de una investidura genérica contenida en las Leyes de Orden Público de 30-7-1959 (art. 2.2) y de régimen local de 1955, ambas preconstitucionales, como se advierte de consumo en las SS. 9-3-1985 y 7-3-1989, impugnada aquí. Ahora bien, la habilitación de la potestad es requisito necesario, pero no suficiente, según hemos tenido ocasión de explicar más arriba y por ello, la cobertura legal ha de extenderse a la descripción de las conductas reprochables y a la correlativa sanción. A la luz de tal criterio pueden considerarse previstos en la Ley los desórdenes o las violencias que puedan producirse en los espectáculos públicos, pero no los denominados "ilegales" y más cuando esta calificación tiene su origen en una norma con rango reglamentario, insuficiente para ello. En consecuencia, el párr. 35, donde se configura tal infracción entre las que enumera el artículo 81 del Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto, carece del necesario respaldo y su nulidad de pleno Derecho (única predicable de las disposiciones generales) arrastra inevitablemente la de aquellos actos singulares dictados en su aplicación.

Esta conclusión no puede quedar enervada por la circunstancia de que el Reglamento antedicho fuera no ya el tema principal, sino el exclusivo de la Sentencia pronunciada el 9-3-1985, tantas veces invocada en ésta, cuyo dictamen final era claramente favorable a la legalidad en bloque de la norma impugnada en vía directa. En cambio, la S. 7-3-1989, emanada también de la misma Sala, se ha producido en el marco de la impugnación indirecta de disposiciones generales, a través de los actos de aplicación cuya cobertura son, vía sesgada compatible incluso con la previa desestimación de la directa, como explica el artículo 39, ap. 4.º, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción. Se trata, en suma, de una situación no deseable, pero tampoco infrecuente. Así ha ocurrido, por ejemplo, en una constelación de Sentencias de la vieja Sala Tercera, a partir de una de 10-7-1986 (RJ 1986, 4536), hasta la muy reciente de 21 noviembre de este año (RJ 1991, 1460), donde se declara la ilegalidad de la tasa de doblaje, no obstante haberse dicho lo contrario en otra anterior de 7-6-1982 (RJ 1982, 3616).

El proceso para la protección de los derechos fundamentales, cuya función viene expresada por su nombre que también da razón de fundamento determinante de su naturaleza especial, con las características adicionales de sumariedad y urgencia, fue configurado así por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, anterior en dos fechas a la promulgación de la Constitución, aprobada ya por el pueblo español en el referéndum celebrado veinte días atrás. Es, en definitiva, como lo fuera en un principio, una variedad del proceso contencioso-administrativo, dentro del orden judicial homónimo, que no quiebra el esquema común en ningún aspecto y participa de la misión que le está encomendada constitucionalmente (art. 106). Esta doble finalidad se transforma procesalmente en su objeto y así, esta jurisdicción en la que ahora nos encontramos, enjuicia los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley, como indicaba ya desde 1956 la Ley reguladora correspondiente.

Al socaire de este primer aspecto del elemento objetivo del proceso, se encuentran las pretensiones esgrimidas por las partes, en su juego dialéctico de acción y oposición. Desde tal perspectiva, el demandante podrá solicitar del Juez contencioso-administrativo no sólo la anulación de los actos y disposiciones, por no ser conformes a Derecho, sino también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restableci-

miento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda (arts. 41 y 42). En tal planteamiento, este proceso especial contiene tan sólo dos limitaciones, una, que sólo puede referirse a actos singulares, no disposiciones generales, y otra, que la cobertura formal de la pretensión ha de ser uno de los derechos fundamentales o libertades invocadas en la segunda de las normas transitorias de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Están excluidas de su ámbito, pues, las cuestiones por debajo de este nivel, cuyo fundamento sea la legalidad ordinaria, como ya advirtió en la S. 37/1982, de 16 junio (RTC 1982, 37), el propio Tribunal antedicho.

Ahora bien, la circunstancia de que este proceso tenga como función privativa y prevalente la garantía de los derechos fundamentales a la luz de la Constitución, y sólo de ella, no significa que en el objeto formal, así delimitado, se cercenen las posibilidades de protección. Efectivamente, una vez comprobada cualquier infracción constitucional en menoscabo de un tal derecho o libertad, la tutela judicial ha de ser efectiva, y por ello completa (art. 25), permitiendo el ejercicio y la satisfacción de aquellas pretensiones cuya función consiste precisamente en restaurar la realidad perturbada por la actuación administrativa contraria a la Constitución. No tendría sentido convertir un instrumento procesal configurado con la máxima contundencia en un cauce para obtener declaraciones platónicas, desprovistas de eficacia práctica, que habría de ser obtenida en un segundo procedimiento (previa petición en vía administrativa) con la consiguiente dilación, rechazada también constitucionalmente por indebida y la ruptura artificial de la continuidad de la causa. Esta restricción de las pretensiones a las meramente anulatorias carece de respaldo en la Ley tal y como aparece publicada (lo que se lee) y no lo tiene tampoco en los antecedentes parlamentarios ni en los trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta) donde se elaboró el anteproyecto de la que luego sería Ley 62/1978, elaboración en la cual fue Ponente quien lo es también en esta sentencia. No estaba, pues, en la mente del legislador ni aparece reflejada tampoco en la voluntad objetiva de la Ley». (*Sentencia de 18 de diciembre de 1990, Sala Especial de Revisión, 9163 de 1992.*)

### XIII. RESPONSABILIDAD

#### A) *Relación de causalidad*

1. *No existe nexo causal entre la imposición de una sanción, luego anulada en vía judicial, y el daño consistente en los gastos de un aval bancario obtenido para responder de la sanción, puesto que la misma podía haber sido hecha efectiva sin gastos.*

«El acto administrativo revisado consiste en la denegación por el Ayuntamiento de la cantidad reclamada como indemnización, cantidad que asciende al importe de los gastos de un aval bancario obtenido para responder de la sanción por infracción urbanística que impuso en su día el Ayuntamiento y fue anulada después por sentencia de este Tribunal Supremo.

Se plantea, por tanto, una cuestión de responsabilidad de la Administración municipal, denegada por el Tribunal de instancia basándose únicamente en el inciso segundo del artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a tenor del cual la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa de las resoluciones administrativas no presupone el derecho a indemnización.

Entiende, sin embargo, la Sala, de conformidad con las alegaciones del apelante, que la interpretación del precepto no debe hacerse de forma indiscriminada, pues que la anulación de un acto no presuponga necesariamente el derecho a la indemnización tampoco implica que automáticamente la excluya. Aplicando esta consideración al caso de autos, si bien hay que partir de que, como ha declarado la Sentencia de este Tribunal de 21-5-1991 (RJ 1991, 6765), de la simple ejecución de una resolución administrativa sancionadora no se deriva sin más un lesión antijurídica para el ejecutado, es preciso examinar las circunstancias del caso de autos y determinar si se dan en él los supuestos necesarios para que exista responsabilidad administrativa según se encuentran establecidos en nuestro Derecho.

Ello obliga a entrar en el estudio de la argumentación del apelante para desvirtuar la sentencia apelada.

Ahora bien, para efectuar el estudio hay que comenzar distinguiendo las consecuencias del fallo de nuestra S. 19-10-1987 (RJ 1987, 8315) de la posterior exigencia de responsabilidad planteada al Ayuntamiento.

Respecto a este punto debe entenderse que asiste la razón a los apelantes, pues no se trata en el caso de autos de que la sentencia citada otorgase derecho a indemnización. Desde luego no pudo otorgarlo porque no había sido solicitado por las partes. Por lo demás, al no haberse otorgado es de aplicación el citado artículo 40.2, inciso final, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Finalmente los recurrentes no plantean su pretensión actual como consecuencia inmediata del fallo de aquella sentencia directamente derivada del mismo.

Tal y como se formula en el presente proceso la exigencia de responsabilidad es posterior y distinta de la ejecución de la sentencia. De ésta, como consecuencia de haberse anulado la sanción impuesta en su día, se deriva la cancelación del aval, pero no el abono de los gastos bancarios que se ocasionaron para poder obtenerlo.

El apelante razona en el sentido de que la anulación de la sanción es la base de que debe partirse para apreciar la exigencia de una lesión antijurídica, pero lo cierto es que resulta indispensable plantearse ex novo la cuestión en el caso concreto como se ha dicho antes, examinando si se dan en él los requisitos necesarios para que exista responsabilidad administrativa.

Como es sabido, estos requisitos consisten en que se haya producido una lesión o daño efectivos e individualizados, existiendo un nexo causal entre ese daño y la conducta de la Administración.

En el caso de autos no es dudosa la existencia de un daño de carácter económico, pues se desprende del expediente que los apelantes debieron satisfacer a una entidad bancaria la cantidad que ahora se reclama como gastos del aval. Pero es cuestión distinta la existencia de un nexo causal entre este daño y la actuación administrativa. Respecto al nexo causal no puede aceptarse desde luego la argumentación del Ayuntamiento en el sentido de que se produjo una negligencia de los apelantes, que no solicitaron la suspensión del acto sancionador ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. Pues ello no hubiera supuesto la pretendida ruptura del nexo causal, ya que siempre habría existido daño y en cualquier caso los recurrentes no podían haber estado ciertos de obtener la suspensión del acto, la cual no es automática en nuestro Derecho.

Sin embargo, tras el estudio de la pretensión de los actores la Sala entiende que no puede apreciarse la existencia de nexo causal. Para que dicho nexo exista el perjuicio o lesión debe derivarse necesariamente de la actuación administrativa, lo que no sucede en el caso de autos. Pues no era obligado afrontar la sanción mediante la presentación de un aval, pudiendo haberse hecho frente a ella de algún otro modo. Los apelantes plantean su actuación como si fuera obligada, como si se tratase de una necesidad objetiva teniendo en cuenta las circunstancias, pero ello es así sólo relativamente en función de su situación patrimonial.



Por tanto, hay que considerar que existe un nexo causal entre la sanción como acto y el pago efectivo de la misma, la consignación u otro medio empleado, pero no entre la sanción y los gastos derivados de una forma de afrontarla como fue el aval, que no era obligatoria y que se eligió libremente por los recurrentes. De aquí se deduce que al no existir el nexo causal no debe apreciarse tampoco la existencia de responsabilidad, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992, Sala 3.º, Sección 4.º, Ar. 9851.*)

2. *Intervención de tercero. Necesidad de examinar el caso concreto en supuestos de inactividad administrativa. Peligro de una extensión excesiva de la responsabilidad de la Administración por la ineficacia de sus servicios.*

«La intervención de tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individualizadas, subordinadas a las circunstancias específicas y peculiares de cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas. Esta prudencia judicial se acrecienta en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más, y cada vez más generales, los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenado constitucionalmente que los sirva "con eficacia" (art. 103-1 de la Constitución), la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.g. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.g. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto contaminante que los ha producido, etc.). El relativismo o causismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado. Que es lo que, como veremos, ha ocurrido en el caso de autos.

Del expediente administrativo se deduce: 1.º Que ya en el año 1943 (es decir, cuarenta años antes de la inundación que nos ocupa) la Jefatura de Obras Públicas de Baleares sabía el peligro que se había originado en la vaguada o torrente de Son Armadams, pues en oficio de 9-6-1943 el Ingeniero Jefe comunicaba al señor Alcalde de Palma de Mallorca que "en el cauce en cuestión han sido construidas paredes de cerca de solares y otras diversas construcciones que impiden unas el desague y otras con secciones de desagüe insuficiente, lo que hace prever un desastre si se producen avenidas extraordinarias en esa zona". 2.º Que, en efecto, "a lo largo de los últimos cincuenta años se han realizado construcciones y obras abusivas, transformando progresivamente la vaguada en una galería" (informe antes citado del señor Ingeniero-Jefe del Servicio Hidráulico del Gobierno Balear). 3.º Que, producido el siniestro, y girada visita, se comprobó que los tubos que habían sustituido a la vaguada estaban cegados justo enfrente del "Hotel El Paso", y que inmediatamente se procedió a colocar nuevos tubos dando a la galería continuidad.

De estos hechos se deduce no que la Administración haya cumplido en regla su función de policía de los cauces públicos desde hace casi cincuenta años (como se pretende en algún informe del expediente), sino justamente lo contrario: que, pese al peligro previsto y anunciado, durante años y años se ha tolerado el cegamiento progresivo de la vaguada. Por tanto, no es que la Administración del Estado haya incumplido el deber general de policía que le imponía el artículo 226 de la Ley de Aguas de 13-6-1879 (aquí aplicable), y que desarrolló el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, de 14-11-1958, sino que ha infringido elementales normas de cuidado y diligencia, pues, conociendo el lamentable estado de un cauce específico y determinado, no adoptó las medidas necesarias para evitar los daños.

Hubo, por tanto, un anormal funcionamiento de un servicio público (art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado como consecuencia del cual no pudieron ser evitados los daños producidos y se está en consecuencia en el caso de declararlo así y condenar a la Administración a indemnizar a la Comunidad de propietarios recurrente en la cantidad no discutida de 874.585 pesetas, con la actualización desde la fecha en que se solicitó, tal como se pide (18-5-1984), según la variación del índice general de precios al consumo.

Si bien la Administración no evitó los daños (como pudo), del expediente administrativo parece deducirse que fueron terceras personas las que cegaron la vaguada, de forma que queda expedita la acción de la Administración para reclamar lo pagado de quien corresponda, lo que apuntamos sin prejuzgar en absoluto esta cuestión». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1993, Sala 3.º, Sección 3.º, Ar. 2037.*)

*B) Por acto declarado ilegal. Suspensión de la eficacia de licencia urbanística en ejercicio del artículo 186 de la Ley del Suelo, suspensión luego declarada ilegal. Cálculo de la indemnización.*

«En el presente caso, la demandante y hoy apelante "S. y C. SA", tras haber pretendido en la demanda la condena a una indemnización concreta, 102.432.180 pesetas, aun sosteniéndola en su escrito de alegaciones a esta Sala, mantiene en el mismo como subordinada la petición de condena a lo que se determine en ejecución de sentencia, actitud perfectamente válida y con la que se coloca y no coloca ante el examen escalonado de los tres supuestos delimitados en el anterior Fundamento de Derecho. Comenzando por lo que es común a todos ellos, no cabe duda alguna que la paralización de las obras de construcción de los edificios, durante noventa y nueve días en uno y ciento trece días en otro, tuvo como causa directa, inmediata y exclusiva, sin incidencia de fuerza mayor, hecho de un tercero o conducta propia de la sociedad actora, una decisión de la Administración municipal adoptada en uso de las facultades atribuidas por el ya citado artículo 186 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y, por consiguiente, en el ámbito de su organización y como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, que en este caso fue anormal por expresa declaración jurisdiccional en los procesos seguidos al respecto, sin que la afectada por ella tuviese obligación alguna de soportarla, al haber devenido ilegal según las sentencias pronunciadas en estos procesos, lo que por otra parte abona lo precipitado e innecesario de la misma en contra de la opinión opuesta de la Sala de instancia. En cuanto a la existencia del daño, aspecto también común y, puede decirse, principal aspecto debatido, aun cuando la sociedad actora no propuso prueba en la primera instancia ni en la presente, ni en ellas, lógicamente se ha practicado, habiéndose limitado a presentar un informe redactado por el Profesor Mercantil, ya aportado el expediente administrativo y ni siquiera ratificado por su autor, de los propios términos del debate en torno a los conceptos indemnizatorios establecidos en tal informe, no le cabe duda alguna a esta Sala de que se ha producido,

por cuanto tales paralizaciones, evidentemente, influyeron en los tiempos de finalización de las obras, sin que a ello se oponga el que en sus proyectos se previesen plazos de ejecución y que dentro de los mismos se terminasen, ya que de no haber estado paralizadas, obviamente, se hubiesen concluido antes, y el retraso en la disposición de los edificios para su entrega a los compradores es incontestable que, al menos, ocasionó daños derivados de tener que pagar durante más tiempo intereses de los préstamos hipotecarios, precios de los avales de las obras de urbanización y primas de los seguros garantizadores de las cantidades pagadas a cuenta por los compradores, así como del normal encarecimiento de los materiales de construcción, en este caso no compensable con un mayor precio de venta, al ser las viviendas de protección oficial y precio tasado, y de tener un capital improductivo. Queda sólo, por consiguiente, examinar si el daño ha sido ya cuantificado, pueden sentarse bases para determinar su cuantía en ejecución o debe relegarse en su totalidad a ella la precisión del "quantum" indemnizatorio, cuestión última de la litis que forzosamente ha de decidirse conforme a esta última posibilidad, estimándose así la pretensión subsidiaria de la actora con las consiguientes revocación de la sentencia apelada y estimación de su apelación, toda vez que siendo no ya posible o probable, sino cierta, la existencia del daño, sin embargo, no existen términos hábiles para precisar su cuantía o para establecer unas bases sobre las que en su día fijarla, salvo la de que ésta no podrá ser superior nunca a la pedida con carácter principal, cosa, por otra parte, impensable». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993, Sala 3.º, Sección 5.º, Ar. 542.*)

C) *Indemnización. Se admite la concurrencia de indemnizaciones en el supuesto de fallecimiento de un soldado en accidente militar. La indemnización correspondiente en virtud de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la que está prevista específicamente en la normativa de Defensa para estos casos.*

«El Abogado del Estado interpone recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia firme de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo fecha de 5-4-1989 (RJ 1989, 2816), Recurso 457 de 1988; fundándose en la causa del artículo 102.1.b) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, por entender que está en contradicción con la Sentencia de la misma Sala Tercera, del día 21-3-1989 (RJ 1989, 2259).

Al contestar la demanda de revisión doña Julia de la C. G. alega el motivo de inadmisibilidad del recurso, por entender que es extemporáneo según el ap. 3 de dicho artículo 102. Debe rechazarse este motivo porque la sentencia recurrida fue notificada el 19-5-1989, como consta de la diligencia del Oficial notificador y la demanda del recurso de revisión se presentó en el Registro General de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Supremo el día 19-6-1989; por tanto, dentro del plazo de un mes establecido por el artículo 103.3, ya dicho; pues el plazo se inició el 20-5-1989 y concluyó el 19 del mes siguiente, computado de fecha a fecha.

A tenor del aplicable precepto, artículo 102.1.b) de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, preciso es que, previamente al estudio de la existencia de contradicción, se den los requisitos de identidad de situaciones de los litigantes y de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, concluyendo las sentencias contrapuestas en distintos pronunciamientos. Adelantemos que la sentencia recurrida en revisión anuló la resolución administrativa denegatoria de indemnización derivada de responsabilidad patrimonial del Estado, del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, concediendo a los familiares del fallecido en accidente de carácter militar, la cantidad de tres millones de pesetas, compatible con la antes otorgada por el Ministerio de Defen-

sa en resolución del expediente que se había incoado con motivo del desgraciado acontecimiento. Y la sentencia traída de antecedente, desestimando recurso, declaró conforme a Derecho resolución del mismo Ministerio denegatoria de solicitada indemnización, basada en dicho artículo 40, por estimarla incompatible con la anteriormente otorgada por Ministerio de Defensa respecto a idéntico hecho de fallecimiento de familiar en accidente de carácter militar. De aquí vemos cómo son iguales las situaciones y pretensiones de los litigantes y distintos pronunciamientos de las sentencias.

En cambio, no aparecen sean sustancialmente iguales los hechos y fundamentos. Así, mientras en la Sentencia recurrida, la de 5-4-1989, la persona fallecida era un soldado cumpliendo el servicio militar, en la Sentencia de antecedente, la de 21-3-1989, el fallecido era un empleado como personal civil al servicio de la Administración Militar; diferencia de situaciones de hecho que determinaron los respectivos fundamentos de ambas sentencias, sin tener la categoría de sustancialmente iguales.

No son sustancialmente iguales los fundamentos de una y otra sentencia, porque, así, en la Sentencia de antecedente, la de 21-3-1989, entendió el Tribunal que la pensión extraordinaria, concedida por causa de fallecimiento de personal civil al servicio de la Administración Militar, cubría, por disposición legal, los daños y perjuicios que, por consecuencia del accidente, sufrieron los familiares del fallecido, percibiendo la pensión fijada por las Leyes de la Seguridad Social y el premio extraordinario establecido por el artículo 59 del Real Decreto 13-6-1980. De lo contrario, la Sentencia recurrida de 5-4-1989, entendió que la indemnización concedida a los familiares del soldado fallecido en accidente militar, por aplicación de las normas de los Decretos 13 abril y 15 junio 1972, y las Leyes 27-6-1974, 4-1-1977 y fue de cuantía insuficiente al no ser compensación integral del daño, también propugnada por el artículo 106.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875); así como por tener carácter diferente una y otra indemnización: las concedidas por el Ministerio de Defensa se derivan de actos sufridos en la realización de servicio militar y en favor de personas ligadas por vínculos familiares; y en la del artículo 40, ya citado, por tratarse de indemnización basada en compensación de daños y perjuicios individualizados, evaluables y con relación de causalidad». (*Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo 1990, Sala Especial de Revisión, 9140 de 1992.*)

Tomás FONT i LLOVET  
Joaquín TORNOS MAS