

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento. Derogación expresa y tácita.*—II. ACTO: A) *Ejecución forzosa. Principio de eficacia.* B) *Suspensión:* 1. *Doctrina general.* 2. *Expulsión de extranjero. Necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto.* C) *Revisión de oficio. Límites a la facultad de revisión.*—III. CONTRATOS: *Suministro de energía eléctrica a entidad local. Nulidad de la interrupción.*—IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: *Delegación de competencias y suspensión de la misma.*—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Grupos políticos de las Corporaciones Locales. Control por la jurisdicción contencioso-administrativa.* B) *Control:* 1. *Interpretación amplia del artículo 65 de la LBRL.* 2. *Planeamiento urbanístico.*—VI. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: *Potestad disciplinaria de Colegio de Abogados.*—VII. DERECHOS FUNDAMENTALES: A) *Presunción de inocencia.* B) *Extranjeros. Expulsión y vulneración del derecho al honor, a la intimidad familiar y a la libertad de residencia.* C) *Objeción de conciencia.*—VIII. SANCIONES: A) *Potestad disciplinaria de Colegio de Abogados.* B) *Imputabilidad. Persona jurídica y culpabilidad.* C) *Circulación de vehículos y presunción de inocencia.*—IX. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Potestad de las Mancomunidades de Municipios.*—X. URBANISMO: A) *Planeamiento. Control por Comunidad Autónoma amparado en principios generales del Derecho.* B) *Convenio. Instrumento facilitador de la actuación administrativa que no puede condicionar el ejercicio de potestades urbanísticas.* C) *Disciplina. Obras sin licencia y legalización aunque haya transcurrido el plazo para solicitar licencia.*—XI. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Ambito:* 1. *En materia de reclamaciones de grupos políticos.* 2. *Denegación de subvención a Central Sindical. Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.* 3. *Determinación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no en ley ordinaria. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.* B) *Interposición. Juzgado de Guardia. Cómputo de plazos.* C) *Carácter revisor. No cabe la sustitución en la decisión técnica de la Administración.* D) *Lesividad. Requisitos para su admisibilidad.* E) *Recurso de casación. Cuestión de personal y función pública.*—XII. RESPONSABILIDAD: A) *Imputabilidad. Responsabilidad estatal por denegación de licencia municipal en base, exclusivamente, a un informe negativo de la Administración del Estado.* B) *Relación de causalidad. Información errónea de la Administración. La conducta del particular no rompe el nexo causal.*

I. FUENTES

Reglamento. Derogación expresa y tácita. La derogación expresa de una norma por el Reglamento de Espectáculos Taurinos sólo es válida si el contenido de aquella es incompatible con el de éste, puesto que la ley habilitante del Reglamento sólo dispone la derogación tácita de las disposiciones que se opongan, contradigan o resulten incompatibles con la misma. En el caso concreto, no obstante, el Reglamento General de Policía de Espectáculos da cobertura a la derogación expresa llevada a cabo por el Reglamento Taurino, que tiene carácter especial respecto de aquél.

«El núcleo y razón de ser del recurso no está, como es obvio, en lo que ha sido hasta ahora objeto de consideración, sino en la auténtica pretensión que se ejercita: que se declare como vigente el Real Decreto de 21-12-1929 y, por tanto, que permanezca subsistente la prohibición en dicha vieja norma contenida de asistencia de los menores de catorce años a las corridas de toros, por entender que la derogación expresa de la misma llevada a cabo por la Disposición Derogatoria del Reglamento de Espectáculos Taurinos quebranta el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución, al tratarse —se aduce— no de un Real Decreto sino de un Real Decreto-Ley, por lo que se quebranta el mencionado principio, arguyéndose al efecto que como tal Decreto-Ley se alude al mismo en la Orden del Ministerio del Interior de 28-2-1985, dando ejecución y cumplimiento a la sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 16-6-1984 (RJ 1984, 3613). Se hace preciso, pues, examinar si se produce la alegada inobservancia de rango jerárquico para producir el efecto derogatorio de manera válida.

La regulación de un sector de los espectáculos públicos de notorio arraigo en nuestra nación, como es el de la fiesta de los toros en sus diversas modalidades, ha estado hasta tiempos bien recientes contenida en normas con rango mínimo en la escala de fuentes reglamentarias, como es el de Ordenes Ministeriales; así, la Orden de 15-3-1962, con la impropia denominación de "Texto Refundido del nuevo Reglamento de Espectáculos Taurinos", contenía la normativa sustancial con inclusión de la potestad sancionadora y desgajada del mismo se produjo la Orden Ministerial de 10-5-1982 para regular de forma autónoma los llamados espectáculos taurinos tradicionales. Impugnada esta Orden por la Federación Española de Sociedades Protectoras de Animales y Plantas ante el Tribunal Supremo, éste estimó sólo parcialmente el recurso contencioso-administrativo mediante Sentencia de su entonces Sala Cuarta de 16-6-1984, por lo que en su quinto "considerando" entendió que el apartado 2.º del artículo 5.º de dicha Orden Ministerial era nulo al disponer que "asimismo los menores de referencia (hacía alusión a los menores de 14 años) podrán asistir a los demás espectáculos previstos en el Reglamento de Espectáculos Taurinos en compañía de personas mayores de edad", por cuanto mediante norma con rango de Orden se venía a dejar sin efecto y derogar —derogación tácita o abrogación— la prescripción contenida en el Real Decreto de 1929 desarrollado por la Real Orden de 2-1-1930. Ha de resaltarse que el texto de la citada sentencia se refería no al Real Decreto-Ley sino al Real Decreto de diciembre 1929, si bien contenía error material, pues citaba el mismo como de fecha 12-12-1929 cuando en rigor era de 21-12-1929, error de cita fácilmente subsanable. También es cierto que la Orden disponiendo el cumplimiento de tal fallo y la modificación del artículo 5.º de la OM 10-5-1982 a consecuencia del mismo, incurrió en errata al ser publicada en el "Boletín Oficial del Estado" (sin que conste su ulterior corrección), pues en el del día 9-3-1985 que inserta la referida Orden de 28-2-1985 se cita como afectado no el Real Decreto de 21-12-1929 sino el Real Decreto-Ley de la misma fecha. Pues bien, todo el recurso está articulado sobre esta errata o error material, pues lo cierto es que la norma conteniendo la prohibición de asistir los menores de catorce años, con o sin compañía de personas mayores, a las corridas de toros se produjo a través de un Real Decreto y no por norma excepcional con rango de Decreto-Ley. Ello se desprende de los términos en que la norma apareció publicada en Gaceta de Madrid el día 22-12-1929 bajo la rúbrica de "Real Decreto prohibiendo la asistencia de los menores de catorce años a las corridas de toros y a los espectáculos de boxeo", insertándose en el periódico oficial como tal Real Decreto número 2641 y estableciéndose en su artículo 1.º y que "a permitir de los veinte días siguientes a la inserción de este Real Decreto en la Gaceta de Madrid", al igual que su artículo 2.º dispuso que "Por el Ministerio de la Gobernación se dictarán las instrucciones complementarias para dar efectividad a este Real Decreto", de modo que la duda ocasionada por la inadecuada, por errónea, cita de la norma prohibitiva que se contenía en la Orden dando cumplimiento a la S. 16-6-1984, queda disipada por el texto publicado de la misma, si bien pudiera ser explicable la atribución de un mayor rango, por el hecho

de que tal Decreto provenía de una moción presentada por varios asambleístas, en 21 marzo de dicho año 1929, ante la Asamblea Nacional, instando del Gobierno tal prohibición, según consta del breve preámbulo o "Exposición" que precede al mismo. Bastaría, pues, esta sola consideración para rechazar este motivo impugnatorio, dado que el Real Decreto de 28-2-1992, aprobando el Reglamento de Espectáculos Taurinos, ostentaba rango suficiente para producir válida y eficazmente la derogación expresa que contiene en su disposición derogatoria única, aquí combatida, rechazando sin más argumentación el recurso.

No obstante lo anterior, parece pertinente razonar acerca de un planteamiento que sitúa la derogación en una perspectiva más sustancial y justificada, mediante la cual la Administración estatal autora de la norma impugnada, en ejecución de la Ley 10/1991, de 4 abril, de Potestades Administrativas en Materia de Espectáculos Taurinos, vino de manera concreta a efectuar una derogación *ad hoc* y por tanto expresa tanto del Real Decreto de 21-12-1929 como de su norma subordinada de desarrollo, es decir, de la Real Orden de 2-1-1930 (Gaceta del 3 enero), mediante la que se hacía efectiva la prohibición a partir del día 11 enero del citado año 1930, derogación expresa con la que se venía, conforme al designio del artículo 2.º 2 del Código Civil, a dar cauce normativo a un fenómeno de *desuetudo* y a cumplir lo prescrito por el artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que ordena que en las disposiciones reglamentarias "se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas", optando el legislador por la modalidad derogatoria expresa y no por la más utilizada en la práctica de la derogación tácita en una de sus modalidades, aunque aquí también acuda a esta última el Reglamento cuestionado. El problema es si no conteniendo regulación normativa sustantiva sobre quiénes pueden ser espectadores en los espectáculos taurinos y no estableciendo, por consiguiente, límite de edad alguno para asistencia a los mismos, ni la Ley de Potestades de 4-4-1991 ni su Reglamento ejecutivo de 28-2-1992, podía éste efectuar una derogación expresa como la que es objeto de impugnación con relación a la vieja prohibición de que los menores de catorce años pudieran presenciar la modalidad taurina conocida como "corridos de toros".

Si bien sólo a la derogación tácita conviene el requisito de que se produzca incompatibilidad de contenidos entre la norma derogante y la derogada, y que la derogación expresa no atiende a dicho dato objetivo como pone de relieve el artículo 2.º 2 del Código Civil al decir: "la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga", de suerte que no hay en ella necesariamente la contradicción de regulación material, es lo cierto que el concepto de ordenamiento jurídico asumido por nuestra Constitución (cfr. arts. 1.º 1 y 9.1) muestra una dimensión no puramente voluntarista en la cesación de la vigencia de las normas que lo integran, contribuyendo así a asegurar el también principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos que proclama el artículo 9.3 y a clarificar la producción normativa en manos de las Administraciones Públicas. Ello nos lleva a determinar si en el caso enjuiciado la derogación expresa del texto, que no de la norma anterior, tenía respaldo material o sustantivo en el bloque normativo constituido por la Ley 10/1991, de Potestades administrativas en materia de Espectáculos Taurinos, y su Reglamento General de Ejecución, aprobado por el Real Decreto 176/1992 (Reglamento de Espectáculos Taurinos), objeto de esta impugnación, o en alguna otra regulación.

Tal respaldo no se encuentra de modo directo en el esquema Ley de Potestades-Reglamento de Ejecución antecitados porque ninguno de estos textos normativos contiene regulación material sobre qué personas, o mejor a partir de qué edad pueden asistir las personas como espectadores a los espectáculos taurinos objeto de su regulación. En efecto, como pone de relieve la Asociación demandante y en ello le asiste razón, la Ley 10/1991 en su artículo 8 regula sumariamente los derechos y obligaciones de los espectadores sin hacerse cuestión del ámbito subjetivo de éstos, por lo que la derogación expresa del Decreto de 1929 no tiene asidero en la Disposición Derogatoria de dicha Ley de cobertura, dado que ésta determina o dispone la

derogación tácita de "cuantas disposiciones, de rango legal o reglamentario, se opongan, contradigan o resulten incompatibles con los preceptos contenidos en la misma", conclusión que no se ve alterada por el contenido material del Reglamento de Espectáculos Taurinos, pues tampoco esta norma alberga, en sus artículos 34 al 37, ninguna previsión restrictiva sobre la asistencia a dichos espectáculos. Y no cabe aducir que tratándose la norma derogada de una prohibición o restricción de derechos, al guardar silencio sobre la materia la norma sucesiva estaba implícitamente levantando la prohibición por el principio de *favor libertatis*, pues esta conclusión podría alcanzarse si la norma derogante fuera omnicompreensiva en sus contenidos materiales, pero muy lejos de ello el propio Reglamento en su Exposición de Motivos, epígrafe II, confiesa paladinamente que "El nuevo Reglamento omite la regulación de ciertas cuestiones que, aun cuando afectan a los espectáculos taurinos, no forman específicamente parte de su organización y desarrollo". Hemos, pues, de llegar a la inicial conclusión de que la explícita derogación que nos ocupa no tiene asiento en el bloque normativo en que la derogación aparece inserta.

La solución puede alcanzarse si se atiende a que el Reglamento de Espectáculos Taurinos tiene el carácter de especial en relación con el precisamente denominado Reglamento General de Policía de Espectáculo y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto de 27-8-1982, estando incluidos en el ámbito de aplicación de éste los festejos o espectáculos taurinos, según el artículo 1.º, 1 en relación con el Anexo ambos de esta última norma reglamentaria, y teniendo el general carácter supletorio "respecto de las disposiciones especiales dictadas en relación con todas o algunas de las actividades enumeradas en el Anexo, para garantizar la higiene y sanidad pública, *proteger a la infancia y a la juventud...*" (art. 1.º, ap. 3, del Reglamento de Policía de Espectáculos), por lo que siendo así que los "espectáculos taurinos" están comprendidos en la relación del referido Anexo, epígrafe I.1, las normas del Reglamento General de 27-8-1982 regirán en defecto de las específicas previsiones del de Espectáculos Taurinos. Ha de añadirse que en lo que atañe a la derogación de normas, el Reglamento general remite a los Reglamentos especiales de las distintas clases de espectáculos la concreta determinación de las disposiciones que cesan en su vigencia, determinación que efectuarán siempre que se trate de normas de igual o inferior rango al Decreto que aprueba dicho Reglamento de Policía y "en la medida en que se opongan a lo dispuesto en éste", conforme previene la Disposición Derogatoria del Decreto de 27-8-1982 en sus dos apartados. Pues bien, este Reglamento General sí contiene, a diferencia del que es objeto del presente recurso, previsión respecto al límite mínimo de edad para acudir a presenciar determinados espectáculos y así en su artículo 60.1 prohíbe la entrada y permanencia de menores de dieciséis años en salas de fiesta y otros locales que enumera, sin que están en ellos comprendidos los espectáculos taurinos, pues no les alcanza la amplia dicción de "y, en general, en cualesquiera lugares o establecimientos públicos en los que pueda padecer su salud o su moralidad", si tenemos en cuenta que aun cuando la protección de la infancia y juventud es un bien constitucionalizado conforme a los artículos 20.4 y 39.4 de la Norma Fundamental, las normas de intervencionismo administrativo y los conceptos jurídicos indeterminados por ellas utilizados, como el transcrito, han de orientarse e interpretarse en relación con la sensibilidad moral del espectador medio, según estableció la STC 49/1984, de 5 abril (RTC 1984, 49). Al no hallarse comprendidos los menores de 14 años en la prohibición de asistencia a espectáculos taurinos, se producía una incompatibilidad o antinomia entre el viejo Real Decreto de 21-12-1929 y el Real Decreto 2816/1982, de 27 agosto, por lo que en cumplimiento de la disposición derogatoria 2.ª de éste, el Reglamento Especial de Espectáculos Taurinos debía poner fin a la misma derogando, como lo hizo, las disposiciones del mismo o inferior rango que entrasen en colisión o no se acomodasen a la regulación de aquél; habiendo de corroborarse la conclusión anterior atendiendo también a las previsiones específicas de algunas Comunidades Autónomas, como es la Comunidad Foral de Navarra, conforme a cuya Ley Foral de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, Ley 2/1989, de 13 marzo, los menores de dieciséis

años únicamente podrán acudir a los espectáculos taurinos como espectadores, quedando limitada la prohibición a su condición de participantes en los festejos de tal índole, a tenor del artículo 10.5, apartado d), de la referida Ley Foral.

Se hace preciso, pues, concluir en que la derogación expresa impugnada se acomoda formal y sustancialmente al Ordenamiento jurídico, por lo que procede declarar su validez, rechazando el recurso deducido frente a la misma, de tal manera que ha de declararse la validez y eficacia del Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 febrero, en los concretos extremos objeto de la presente impugnación, con íntegra desestimación de las pretensiones contenidas en la demanda.» (*Sentencia de 18 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9377.*)

II. ACTO

A) Ejecución forzosa. Principio de eficacia. En un supuesto de ejecución subsidiaria por la Administración, el Tribunal Supremo utiliza el principio constitucional de eficacia (art. 103 CE) como parámetro para valorar la corrección de la fórmula concreta de ejecución subsidiaria elegida por la Administración.

«La sentencia apelada, después de justificar la actuación del Ayuntamiento de Estella en su decisión de desmonte de una grúa por vía sustitutoria y con cargo al obligado, incluyendo los recargos previstos en las Ordenanzas Municipales, estima las pretensiones del recurrente, don Angel I. S., que hoy comparece como apelado, y anula los Acuerdos de la Alcaldía de Estella de 21 agosto y de 23 octubre 1986, que fijaban en 526.500 pesetas el importe de la ejecución sustitutoria por la retirada de una grúa, y lo hace en base sustancialmente a estimar que la Corporación citada no siguió el procedimiento legal en la formulación del presupuesto y vulneró el principio de eficacia administrativa, consagrado en el artículo 103 de la Constitución, por no haber adjudicado la obra, desmonte de la grúa, a la oferta más ventajosa.

Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo del recurso, es obligado referirse a la alegación del apelado relativa a que este recurso de apelación es improcedente, en atención a que la cuantía del asunto es inferior a 500.000 pesetas, y procede desestimar tal alegación en base, de una parte, a que esta Sala, por Auto de 11-12-1990, estimó el oportuno recurso de queja y ordenó admitir el recurso de apelación, valorando, entre otros, la propia actuación del recurrente al señalar la cuantía del recurso, y de otra, a que la petición sobre admisión indebida de la apelación se ha hecho al presentar las alegaciones en el trámite de instrucción y no en el trámite de personación, cual refiere y exige el artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción, sin olvidar, por último, que esta Sala y en este recurso de apelación, a virtud de las peticiones de las partes, ha de resolver en definitiva sobre la valoración de una actividad material cuyo importe es de 526.500 pesetas.

El análisis del conjunto de las actuaciones producidas lleva a esta Sala a estimar intrascendente, a los efectos del fondo del asunto de esta litis, el defecto de procedimiento advertido y denunciado, y ello, de una parte, porque consta en las actuaciones que la Oficina Técnica Municipal, al recibir el encargo de la Alcaldía de facilitar los antecedentes necesarios a la Comisión de Hacienda para elaborar y aprobar un presupuesto extraordinario relativo a la ejecución sustitutoria de desmonte de una grúa, consulta con tres empresas telefónicamente, aunque sólo documenta por escrito la oferta que estima más adecuada, y por tanto ha existido la actividad exigida, y si bien la constancia documentada de las otras ofertas hubiera posibilitado el de-

terminar si la valoración de la Oficina Técnica Municipal era o no adecuada, como en el curso de las actuaciones se han aportado diversos presupuestos e informes que permiten a esta Sala y a todos los interesados hacer esa valoración, no ha lugar por ello a una vuelta atrás de las actuaciones, pues, además de la actividad o procedimiento citado, no se ha ocasionado indefensión, y los datos aportados permiten determinar si la Administración ha cumplido o no con el principio de eficacia administrativa que el artículo 103 de la Constitución exige, que es en definitiva la cuestión de fondo del recurso.

La vulneración del artículo 103 de la Constitución que se aduce, como cuestión de fondo, se concreta en señalar que la Corporación hoy apelante se adjudicó la actividad de desmonte de grúa por un importe de 325.000 pesetas, cuando hay empresas que presupuestan su importe en cantidad inferior, 76.500 pesetas más el 12% de IVA, y procede entrar en el citado análisis, a pesar de que la Corporación refiera que el apelado conocía ese importe o valoración y que al no impugnarlo deviniera en acto propio y en firme y consentido, pues aunque es cierto que esa valoración se le notificó oportunamente al interesado y que no la impugnó, es lo cierto que, una vez terminado el expediente y producido el acto final, podía impugnar éste, cual hizo, y además hay que significar que la Administración, cualquiera que sea la actividad del afectado, está obligada por imperativo del artículo 103 de la Constitución a actuar con eficacia administrativa y, por tanto, a adjudicar la obra, que ha de abonar un tercero, en las mejores condiciones técnicas y económicas.

Para el adecuado análisis del fondo del asunto conviene señalar que si bien es cierto que en las actuaciones obran hasta tres presupuestos de empresas que valoran el desmonte de la grúa en un importe inferior a 80.000 pesetas, más el IVA correspondiente, y a partir de ellos se puede estimar como excesivo el presupuesto aceptado por la Corporación Local, que lo es por importe de 325.000 pesetas, no conviene olvidar que también las actuaciones muestran un informe aportado a instancias del apelado señor I de una de esas empresas, la Entidad Comansa, que es precisamente la marca de la grúa a desmontar en el caso de autos, que refiere: a) que el presupuesto inferior a 80.000 pesetas lo es para supuestos normales, estándar, sin dificultad especial; b) que en operaciones de desmontaje de especial dificultad no se trabaja con precio alzado, como en el supuesto anterior de normalidad, y c) que en ocasiones para el desmonte de una grúa de las características de la de autos puede resultar necesaria la utilización de una autogrúa de hasta 100 toneladas, y si a todo lo anterior se agrega que en el presupuesto aceptado por la Corporación desde el principio se incluyó, se estimó necesaria, la utilización de una autogrúa de 100 toneladas, así se hizo saber al afectado, y en el importe de 325.000 pesetas se incluye el desplazamiento de la citada autogrúa, no es procedente estimar que la Corporación, cuando acepta el presupuesto de 325.000 pesetas, haya vulnerado el principio de eficacia administrativa que consagra el artículo 103 de la Constitución, pues como muestra el anterior relato y las actuaciones, se trata de comparar dos actuaciones distintas, una que refiere un desmonte de grúa normal, sin dificultades, y otra que muestra la realización de un desmonte especial, con necesidad de auxilio de autogrúa de 100 toneladas, y por ello, obviamente, a partir de su sola valoración no se puede apreciar si la segunda es o no cara, es o no adecuada, al ser distintos los términos de comparación, y sentido lo anterior, como el afectado fue debidamente notificado del presupuesto en el que se incluía y se estimaba necesario la actuación de una autogrúa de 100 toneladas, y sobre tal extremo no ha habido impugnación alguna, es procedente estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, confirmando los acuerdos del Ayuntamiento de Estella por resultar ajustados a Derecho, al no apreciarse que exista la vulneración del artículo 103 de la Constitución, pues para ello hubiera resultado preciso bien que el afectado hubiese acreditado que no había necesidad de utilizar la autogrúa de 100 toneladas, bien que hubiese aportado presupuestos más favorables o adecuados que el aceptado por la Corporación citada y que contemplaran las mismas actividades, desmonte por grúa con utilización de autogrúa de 100 toneladas, y no como aquí acontece, cuan-

do meramente se aportan presupuestos genéricos, referidos a situaciones normales, y no se hace valoración alguna sobre la actividad necesaria ni sobre los auxilios precisos en el caso de autos, desmonte de una grúa concreta y en un sitio y lugar determinados.» (*Sentencia de 7 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 9791.*)

B) *Suspensión.*

1. *Doctrina general. Ponderación entre interés público y perjuicio causado por la ejecución inmediata.*

«Las razones por las que los recurrentes consideran que procede decretar la suspensión de la ejecutividad del acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se declara la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados de expropiación forzosa para la realización de las obras de infraestructura del Proyecto "Aeropuerto de Madrid-Barajas", son la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado, la inexistencia de circunstancias que justifiquen el procedimiento excepcional de urgencia y que los perjuicios derivados de la ejecución de dicho acuerdo son de reparación imposible o difícil al tratarse de viviendas e industrias en funcionamiento, mientras que de la suspensión, dada la fecha en que habrán de estar terminadas las obras (según la propia Administración), no se derivaría daño alguno para los intereses públicos.

El Abogado del Estado se opone a la suspensión pedida por los recurrentes porque éstos no han demostrado el carácter de los bienes, objeto de la expropiación, ni, en consecuencia, el perjuicio que se les acarrearía con la ocupación de los mismos, mientras que la naturaleza de la expropiación conlleva una cualificada y muy particular invocación del interés público, que le otorga su carácter coactivo, por lo que, cuando se ha declarado la urgencia de la ocupación de los bienes, es un contrasentido acceder a la suspensión de ésta, ya que no cabe aducir perjuicios de reparación imposible o difícil por tener la actuación expropiatoria una especial vocación de conversión económica, que habrá de reflejarse en el justiprecio.

La medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acuerdo combatido en un recurso contencioso-administrativo tiene como finalidad, como cualquier otra de la misma naturaleza, preservar el principio de efectividad de la decisión judicial, porque, como dijimos en nuestro Auto de fecha 2 noviembre 1993, dictado en esta misma pieza de suspensión, y en el que, el día 19 de noviembre del mismo año, pronunciamos en el Recurso contencioso-administrativo número 660/1993, la potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho, sino que se consuma en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto, sin que la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación constituya una excepción a ese principio que configura el significado natural y propio de la Jurisdicción.

La razón decisiva para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto o disposición, objeto de impugnación en vía jurisdiccional, se encuentra en la coordinación del aludido principio de efectividad de la tutela judicial con el de la eficacia administrativa, y así lo ha declarado esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina interpretativa de los artículos 122 a 125 de la Ley de esta Jurisdicción establecida, entre otros, en los Autos de la propia Sala de 10 abril 1986 (RJ 1986, 2630), 21 marzo 1988 (RJ 1988, 2188), 10 abril 1989 (RJ 1989, 2926), 6 y 21 marzo y 17 octubre 1990 (RJ 1990, 1953, 2188 y 8140) y 28 mayo 1991 (RJ 1991, 4299), al resolver, en su Sentencia de 21 noviembre 1993 (RJ 1993, 9824), el Recurso de casación 1012/1992 interpuesto por el Abogado del Estado contra un auto en

el que el Tribunal de instancia accedió a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, expresando que “la naturaleza y finalidad de la suspensión de ejecutividad del acto administrativo, objeto del recurso contencioso-administrativo, como específica y singular medida cautelar contemplada por la Ley durante la tramitación del proceso, exige armonizar dos principios, cual son el de la efectividad de la tutela judicial (arts. 24.1 y 106.1 de la Constitución y arts. 7 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el de la eficacia administrativa (arts. 103 de la Constitución; 45.1, 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; 56, 57, 94, 111 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 122.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Uno y otro amparan dos intereses: el de evitar que, a través de la ejecución del acto impugnado, se causen perjuicios de imposible o difícil reparación y el de impedir el daño a los intereses públicos, que pudiera derivarse de la suspensión de la ejecutividad. La tensión en que aparecen dichos intereses, exige ponderar, en cada caso concreto, su preeminencia o prevalencia a fin de dirimir la contraposición de los bienes enfrentados, lo que da lugar a una extremada casuística difícil de reducir a reglas...”.

Con lo dicho se rechaza expresamente la tesis, ampliamente desarrollada en su escrito de oposición por el Abogado del Estado, según la cual el mecanismo expropiatorio no puede ser suspendido, como regla general, cuando exista formal declaración de ocupación urgente de bienes por tratarse de un expediente no sólo coactivo y específicamente dinámico, sino además singularmente ágil y rápido, y pasamos a examinar los argumentos que, según los solicitantes de la medida cautelar, justifican la suspensión pedida.

El primero se centra en la nulidad de pleno derecho que predicen del procedimiento expropiatorio, al faltar la previa declaración de utilidad pública, ya que el “Plan Director del Sistema Aeroportuario de Madrid-Barajas” no puede considerarse como un plan de obras del Estado, que implique, según el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa, dicha utilidad pública, sin que el Consejo de Ministros haya declarado la misma.

Es cierto que esta Sala del Tribunal Supremo ha establecido doctrina (Autos de 6 abril, 27 junio, 10 julio y 26 diciembre 1989 [RJ 1989, 2911, 4897, 5730 y 8987]) según la cual “el hecho de que el artículo 122 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa guarde silencio sobre la nulidad de pleno derecho como supuesto bastante para justificar la suspensión, no impide que dicha nulidad pueda operar no sólo en vía administrativa, sino también en el campo procesal, siempre que de una manera terminantemente clara y ostensible se aprecie la posibilidad de concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento jurídico”, pero también ha declarado que la virtualidad de este criterio es escasa al no ser el incidente de suspensión un trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (Autos de 15 julio 1988 [RJ 1988, 6078] y 10 julio 1989 [RJ 1989, 5730], y de esta misma Sección de 2 noviembre 1993 —Fundamento Jurídico Cuarto— y 19 noviembre 1993 —Fundamento Jurídico Cuarto—).

En definitiva, la nulidad de pleno derecho del acuerdo impugnado, como expresan los propios solicitantes de la medida, “ha de ser objeto del contenido de la demanda contenciosa” y como tal dirimida contradictoriamente en el proceso principal sin que quepa considerar su invocación como causa suficiente para acceder a la suspensión solicitada.

El motivo que esgrimen también los recurrentes para reclamar la suspensión, relativo a la inexistencia de razones justificativas de la urgencia, merece una singular atención porque, aunque dicho acuerdo cumple formalmente lo dispuesto por el artículo 56.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, al expresar las circunstancias que justifican acudir al procedimiento de urgencia previsto por el artículo 52 de esta Ley, sin embargo cabría plantearse si las aducidas a tal fin son razonablemente determinantes de la necesidad de urgente ocupación.

Ahora bien, de proceder a este análisis estaríamos también anticipando la solución del pleito, lo que, según lo expuesto en el precedente fundamento jurídico, no se compeade con el principio de que la medida cautelar no puede constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida, a través del proceso, a la decisión del Tribunal, y así lo señala la propia representación procesal de los recurrentes al decir que *“aunque ciertamente afecte al fondo del asunto... la supuesta urgencia no se motiva”*. Razón por la que la suspensión cautelar del carácter urgente del procedimiento expropiatorio transformaría la expropiación, combatida en el juicio, en una expropiación ordinaria, con lo que habríamos resuelto anticipadamente, sin tramitar el juicio, la cuestión objeto del pleito, adoptando, en definitiva, una decisión que sólo en sentencia cabe pronunciar a fin de salvaguardar el derecho al proceso con las debidas garantías, que establece el artículo 24 de la Constitución y es uno de los principios generales del derecho inspiradores de nuestro sistema judicial y procesal, al que dicho precepto no hace sino dar un respaldo normativo de rango fundamental.

Finalmente, nos resta por examinar el alegado perjuicio a los recurrentes con la ocupación de sus viviendas e industrias frente al nulo daño al interés público por la tramitación de la expropiación por el trámite ordinario, lo que, según aquéllos, justifica la suspensión al ser prevalente su interés en conservar tales viviendas e industrias hasta tanto se les abonase el justiprecio frente al público de ocuparlas para realizar unas obras que habrán, según la motivación del propio acuerdo impugnado, de estar terminadas en el año 2000 con un límite máximo en el año 2012.

A este argumento el Abogado del Estado aduce que en el incidente de suspensión no se ha practicado prueba alguna encaminada a acreditar que, efectivamente, los bienes a ocupar son viviendas, en las que los solicitantes de la medida tienen su residencia, o industrias en pleno funcionamiento.

Sin embargo, no cabe dudar de que las alegaciones de los recurrentes sean ciertas porque de los documentos, ya aportados al pleito, resulta que gran parte de los bienes a ocupar están identificados como edificaciones residenciales e industrias, además de que es el propio Abogado del Estado quien, para oponerse a la petición de suspensión, expresa literalmente que *“aunque el expediente expropiatorio lleva aparejada la declaración de ocupación urgente, ello no quiere decir que la Administración expropiante vaya a ocupar los bienes de una manera súbita e irracional”*, de donde hemos de inferir que el uso y destino de los bienes exige una ocupación paulatina y razonable, que demuestra la realidad de un uso que no debe ser bruscamente impedido y que, en buena lógica, hemos de colegir que sea el residencial e industrial que afirman los solicitantes de la medida y corrobora ese principio aludido de prueba documental.

Partiendo de que los bienes están destinados a vivienda y al ejercicio de una industria, debemos ponderar si el interés de los titulares de éstas es prevalente, en cuyo caso el principio de efectividad de la tutela judicial conduciría a la suspensión interesada, o bien si resulta preeminente el interés público de remodelar y ampliar el aeropuerto para atender a las necesidades de la navegación aérea previstas para el año 2000, en cuyo supuesto el principio de la eficacia administrativa obligaría a rechazar tal suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado.

Ante la tensión en que estos intereses aparecen, la Sala se decanta en favor del interés público porque considera que la reparación del perjuicio causado a los propietarios de los bienes ocupados resultaría, en el caso de estimarse la acción que ejercitan en el proceso principal, más hacedera que la del que se inferiría al interés general insito en la actuación expropiatoria si se declara ésta ajustada a Derecho, lo que obliga a rechazar la petición de suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros impugnado.» (*Auto de 15 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 244.*)

2. Expulsión de extranjero. Necesidad de atender a las circunstancias específicas del caso concreto para acordar o denegar la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Como es bien sabido, el artículo 7.3 de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, determina que la Sala acordará la suspensión de cumplimiento del acto impugnado, *salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general*. Ello no supone, naturalmente, que proceda la suspensión del acuerdo de expulsión por el mero hecho de interponer un recurso contencioso-administrativo por el cauce de la citada Ley 62/1978, lo que supondría en sí un grave perjuicio para el interés general, puesto que en la práctica equivaldría a la inaplicación de los preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería de 1 julio 1985 (Auto del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 14 marzo 1991 [RJ 1991, 2282]). En el desarrollo de esta línea argumental, la Sala ha llegado a admitir que, dada la cantidad de casos en los que la expulsión podría ser demorada mediante la suspensión acordada jurisdiccionalmente, existe un peligro real de que si se accede a ella como norma general se produzca una auténtica alteración de la regularidad del mercado de trabajo (cfr. Auto del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 6 junio 1991 [RJ 1991, 4940]). En definitiva, tanto la literalidad del precepto legal reseñado como las pautas y directrices asumidas en la función jurisdiccional, tienen que entenderse permanentemente supeditadas a las circunstancias específicas del caso concreto, tal como aparecen reflejadas en la fase del proceso en que la medida es adoptada.

Alega el Abogado del Estado que en materia de extranjería y en una provincia como Málaga, con un flujo internacional muy destacado, se hace indispensable que la presencia de elementos foráneos revista unos elementos de control ciertos y eficaces. Así lo exige el interés general —añade—, que se verá perjudicado si cada extranjero irregularmente ubicado en España paraliza toda actuación administrativa acudiendo torticercamente al procedimiento especial de la Ley 62/1978.

Por su parte, el Gobierno Civil de Málaga, en el informe preceptivo elaborado de conformidad con el artículo 7.3 de la citada Ley 62/1978, aduce que la suspensión del acuerdo de expulsión, si bien no produce una lesión directa al orden público, evidentemente favorecerá la proliferación de casos similares amparados en la facilidad que el hecho de recurrir y obtener una rápida suspensión significa, ya que los beneficios que se derivan para las empresas contratantes son altos, al evitar con este tipo de contratación todas las normas laborales y fiscales reguladoras del contrato de trabajo.

Partiendo de las circunstancias específicas del caso concreto de este recurso, es necesario destacar —a la vista de las actuaciones remitidas a esta Sala— la simultaneidad de concurrencia, en 25 de abril de 1991, de cuatro secuencias procedimentales: *a)* la detención del ciudadano sueco Robert S., por “encontrarse trabajando sin estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo ni haberlo solicitado; perjuicio de intereses nacionales respecto al turismo; carecer de medios lícitos de vida”; *b)* el acuerdo del instructor de incoación de expediente de propuesta de expulsión y prohibición de entrada, para su resolución por la autoridad gubernativa competente, como incurso en los apartados *b)*, *c)* y *f)* del artículo 26.1 de la LO 7/1985, de 1 julio; *c)* la notificación al mencionado extranjero del anterior acuerdo, con indicación de disponer de un plazo de cuarenta y ocho horas para presentar alegaciones en su defensa siguiendo el procedimiento de urgencia de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 30 de la mencionada Ley; *d)* la advertencia mediante estampillado incorporado al pasaporte del expediente, de la obligación de efectuar su salida de España, en tiempo comprendido desde el día de la fecha (25 de abril) hasta el día 5 de mayo de 1991.

Los datos anteriormente relacionados y los demás elementos de conocimiento sobre la estancia y actividades en España del citado extranjero hacen cuando menos dudosa la viabilidad legal de utilización del procedimiento de carácter *preferente*

previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica, con las medidas que en él se contemplan, toda vez que el mismo no se aplica al supuesto del apartado *b)* del artículo 26.1 de la Ley, al que también se extiende, sin embargo, el acuerdo de incoación de expediente. En cualquier caso, ninguno de los supuestos a los que se contrae el mencionado acuerdo de incoación de expediente ofrece características de particular significación, indicativas de la pertinencia de la expulsión por afectación del interés general o del orden público.

A tenor de lo expuesto, llegamos a la conclusión de que la resolución apelada se acomoda a las previsiones del artículo 7.4 de la Ley 62/1978, frente a la que no pueden prosperar las consideraciones de carácter general alegadas por el representante de la Administración apelante en apoyo del recurso.» (*Auto de 12 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 67.*)

C) Revisión de oficio. Límites a la facultad de revisión de oficio. La equidad y los trastornos organizativos que se producirían impiden admitir la petición de revisión de oficio del acto de exclusión del interesado de la Policía Autónoma, acto no recurrido en su día y cuya nulidad se pretende transcurridos varios años.

«Avanzando en esa línea, deben traerse al primer plano de consideración las limitaciones del artículo 112 LPA. Se debe salir al paso de una desmedida concepción de la acción de nulidad prevista en el artículo 109 LPA, a base de la simple contraposición entre acción de nulidad, sin sumisión a plazo, y recurso administrativo sometido a él. De limitarnos a ese simple dualismo, eso implicaría dejar en manos del administrado, interesado en impugnar una resolución que le afecta, y que considera nula de pleno derecho, el someterse a un plazo en la defensa de su interés, o prescindir de todo límite temporal, e impugnarla en cualquier tiempo, lo que no parece avenirse con una lógica de conjunto del sistema legal.

Un planteamiento tan escueto prescinde del dato de que en el artículo 109 de la LPA la acción del particular, a la que se da entrada en los términos “a instancia del interesado”, es sólo uno de los posibles elementos determinantes del ejercicio de la potestad administrativa, regulada en dicho precepto; pero lo fundamental en él no es tanto la acción, que puede movilizar el ejercicio de la potestad administrativa, cuanto la potestad misma.

Destacada la prevalencia esencial del sentido de potestad de la Administración, debe observarse que la misma expresión “en cualquier momento” tiene como referencia inmediata a la Administración, y no tanto al interesado, lo que obsta a la interpretación del artículo 109 de la LPA en el sentido de que en él se consagre una acción, con la que, sin limitaciones de plazo, se pueda forzar a la Administración a declarar nulidad de pleno derecho de un determinado acto, subsumible en los supuestos del artículo 47 LPA.

No puede olvidarse que el artículo 112 veda el ejercicio de las potestades de anulación por los diversos motivos que expresa, entre los que es especialmente significativo la referencia al “tiempo transcurrido u otras circunstancias”, que hagan su ejercicio contrario “a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Incluso desde la perspectiva del administrado, interesado en impugnar el acto administrativo que le afecta, resulta en cierto modo forzada la distinción usual entre acción de nulidad, *ex* artículo 109 LPA, y recurso administrativo, *ex* artículos 113 y ss., pues desde esa perspectiva subjetiva la acción se manifiesta en ambos casos, siendo el recurso administrativo cauce para la acción impugnatoria, como lo es el artículo 109.

La diferencia real entre la acción impugnatoria *ex* artículo 109, y la que se encausa por la vía de los recursos ordinarios, se manifiesta más bien por el dato de que en la

primera no existe un derecho del administrado a imponer la declaración de nulidad, pues en definitiva ello sólo es consecuencia del ejercicio de una potestad de revisión de oficio, que es el elemento clave, en cuyo ejercicio no cuenta sólo el interés del accionante y el puro valor de la legalidad del acto impugnado, sino otros elementos, a ponderar por la Administración, por los límites imperativos del artículo 112 LPA.

Llegados a este punto, si la Administración, para no declarar la nulidad pretendida por el administrado, *ex* artículo 109 LPA, aduce la aplicación de los límites del artículo 112 LPA, a la hora de enjuiciar el recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria, basta que se examine la justificación de la aplicación de ese límite, reduciendo por tanto el examen judicial al de la resolución denegatoria, y, si se considera justificada la aplicación de ese límite, resulta ya innecesario examinar el acto base, cuya nulidad se pretendía.

En el caso actual la resolución impugnada no hace explícita aplicación del artículo 112 LPA para cludir la declaración de nulidad de pleno derecho, pretendida por el demandante, sino que se limita, de modo harto descomprometido, a negar la identidad de situaciones entre la del accionante y la de los compañeros, a los que se referían las sentencias aludidas por aquél, y a negar la existencia de motivos de nulidad de pleno derecho, si tan siquiera un examen explícito de los elementos del acto impugnado, resolución que, sin otras consideraciones, la sentencia apelada entiende bastante para estimar conforme a derecho dicha resolución.

Es en el proceso cuando la Administración demandada hace invocación del artículo 112, así como de la diferencia de situaciones ante el ejercicio de la acción de nulidad entre los actos declarativos de derecho y los de gravamen, reclamando para éstos su marginación del mecanismo legal del artículo 109 LPA, por la vía de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

Pudiera así pensarse que, de entender que la resolución impugnada no da respuesta adecuada a la petición de declaración de nulidad, al no analizar propiamente el acto impugnado, lo procedente sería la anulación del acto revisorio, para que se dictara nueva resolución en la que se analizase en plenitud el acto base impugnado, y se ponderase la posible existencia de alguno de los límites legales obstativos de la declaración de nulidad... Mas las mismas razones de economía procesal, que allí se aducen, para reclamar de este Tribunal que enjuicie por sí mismo la resolución administrativa base, cuya nulidad se pretendía, justifican aquí que, ante la alegación por la apelada de los elementos, que justifican la no declaración de la nulidad pretendida, por aplicación del artículo 112 LPA, podamos entrar directamente en ese enjuiciamiento, evitando una posible anulación de actuaciones, tras la cual, con toda seguridad, la Administración haría por sí misma la explícita aplicación de dicho precepto, que ahora nos alega como motivo de oposición a la declaración de nulidad.

En definitiva, si antes le atribuimos una prioridad lógica en el enjuiciamiento del acto de revisión al examen de los límites del artículo 112 LPA, como obstáculos a la pretendida declaración de nulidad del acto base impugnado, es el momento de entrar en ese examen, con la consecuencia anunciada de que, si de ella resulta justificada la no declaración de la nulidad pretendida, resulte ya innecesario, e incluso improcedente, el examen de la condición jurídica atribuible al acto base impugnado.

Desde la perspectiva de equidad y afectación a los derechos de los particulares, cuya ponderación impone el artículo 112 LPA, es factor a considerar el del carácter de acto de gravamen del acto base, cuya nulidad pretende el demandante (el de su exclusión de la Policía Autónoma Vasca), que la Administración demandada adujo en la primera instancia como motivo de inadmisibilidad, y que la sentencia apelada rechazó como tal, con criterio que en ese plano procesal hemos de compartir.

Pero desde una contemplación sustancialista de la defensa del interés del demandante mediante su acción impugnatoria, es indudable que desde el momento en que se le comunicó su exclusión de la Policía Autónoma, como admite en su demanda, tuvo oportunidad de articular su defensa.

Por otra parte, en cuanto alumno de la academia de la Hertzaina, en la que debía superar un curso de formación, cuya aprobación, en su caso, le abría el paso a un período de prácticas, cuya aprobación, a su vez, era precisa, para obtener el nombramiento como policía, en caso de no ser declarado apto, podría repetir curso por una sola vez y en la siguiente promoción, según se dispone en el artículo 18.3 del Reglamento de Régimen Interior de la Academia de la Hertzaina (aprobado por Orden de 22-2-1982).

Resulta así claro el trastorno organizativo que se produciría si se declarase la nulidad pretendida, intentada fuera del tiempo, en que, con arreglo a ese Reglamento, el actor podría haber solicitado la repetición de curso.

Es apreciable una actitud negligente en el demandante, que, si no obsta a la admisibilidad de su recurso, adquiere una indudable significación en el marco de valores enfrentados a que se refiere el artículo 112 de la LPA.

Desde esa perspectiva, no resulta conforme a la equidad, de quien pudo defender su derecho en un momento, en que hubiera sido posible tenerlo en cuenta, a efectos de la adecuada organización de los cursos de la academia, y de la precisión de llamamientos de las sucesivas promociones, y no lo hizo, pretanda tardíamente, que se le restablezca su condición de alumno de la academia de la Hertzaina, cuando con posterioridad a él existen indudablemente una serie de promociones ulteriores, en relación con las que el hipotético encaje escalafonal del demandante, si se le restableciese su situación, ocasionaría dificultades insolubles.

Resulta convincente además la alegación de la Administración demandada de la existencia de otros muchos administrados en la situación del demandante, cuyo eventual reingreso en la Academia produciría un grave trastorno organizativo, con daños de interés público.

Ha de concluirse por tanto que, por el transcurso del tiempo desde que se produjo la exclusión del actor, hasta el momento, en que éste la impugnó por la vía del artículo 109 LPA, resulta contrario a la equidad, al exigir de la Administración la declaración de la nulidad de aquélla; por lo que la negativa a declararla, sea cual sea la índole del vicio que pudiera afectar a dicha exclusión, resulta conforme a derecho, debiéndose desestimar el recurso contencioso-administrativo, que se interpone contra la resolución denegatoria.

Se impone así, aunque por otros fundamentos, la confirmación del fallo de la sentencia apelada...» (*Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9747.*)

III. CONTRATOS

Suministro de energía eléctrica a entidad local. Nulidad de interrupción por impago. Prerrogativa de la Administración local.

«La representación procesal de la empresa "Iberduero, S. A." ha apelado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 septiembre 1991, que ha desestimado el recurso contencioso-administrativo que entabló contra la Resolución de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid de 23 agosto 1990 que desestimó el recurso de alzada interpuesto por la citada entidad contra la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 21 diciembre 1989 que denegó la solicitud de "Iberduero, S. A." para interrumpir el suministro eléctrico de determinados abonos municipales al Ayuntamiento de Móstoles alegando pendientes de pago facturaciones correspondientes a los meses de octubre de 1988 a noviembre de 1989 que ascendían a 254.406.432 pesetas y que dicho Municipio era "deudor crónico de Iber-

duero". La apelante insiste en las pretensiones que dedujo en la primera instancia de la ilegalidad del acto y de la inconstitucionalidad del artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 enero 1953 por estimar que los contratos eléctricos que en concreto se pretendían dejar sin suministro no afectan al interés general, produciéndose con la denegación del corte de suministro pedido un perjuicio a los ciudadanos por no ser de aplicación del privilegio exorbitante de dicho artículo al no referirse a la interrupción al alumbrado público, sino a actividades sin relevancia social; así como que la Sala *a quo* no había motivado el interés general aducido para decidir la no interrupción del suministro no obstante al impago, produciendo indefensión a la actora y una situación de desigualdad respecto de los demás suministradores de energéticos que no tienen el mismo tratamiento en caso de impago, constituyendo la denegación acordada una desviación de poder o un ejercicio ilegítimo de la discrecionalidad.

La extensa argumentación de la apelante, a la que une un anexo con jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia de gran utilidad, no consigue sin embargo desvirtuar la sólida fundamentación jurídica de la sentencia apelada que recoge una reiterada jurisprudencia de esta Sala y de la Sala Especial de Revisión recaída en casos similares (así, las SS. de 1990 de 8, 11 y 12 junio [RJ 1992, 8644, 8645 y 8646]), según la cual la contratación del suministro de energía eléctrica por las Administraciones Públicas tiene naturaleza administrativa cuando su objeto es una obra o servicio público que tienda a satisfacer un interés general, o sea, "siempre que la Administración intervenga el campo específico de su cometido" (hasta el 25 de noviembre de 1991). Este carácter administrativo de la contratación del suministro eléctrico se corresponde con la existencia de cláusulas exorbitantes que impide a las empresas suministradoras adoptar respecto a la Administración Municipal contratante las medidas frente a los abonados morosos que permite el artículo 84.a) del Reglamento de Verificaciones Eléctricas, aprobado por D. 12 marzo 1954 (SS. 13 junio, 5 y 19 octubre 1989 [RJ 1989, 3834, 4468 y 6982]). Esta excepcionalidad ha de insertarse en las prerrogativas de las Administraciones Públicas, a que se refiere respecto a las Corporaciones Locales el artículo 111 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, y concretamente en el artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por D. 9 enero 1953, cuya vigencia postconstitucional resulta de no aparecer incluido en la Disposición Derogatoria de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, en relación con la del Texto Refundido citado, legislación que rige en la contratación de las Entidades Locales conforme al artículo 112.1.º del mismo Texto Refundido.

La sentencia apelada fundamenta con claridad y acierto la aplicación de esa "prerrogativa exorbitante" de la Corporación demandada que resulta del carácter administrativo del suministro eléctrico y de la consiguiente aplicación del artículo 56 del Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales, citado, en base a "los perjuicios que pueden ocasionarse al interés general de los ciudadanos que viesen privados de un servicio público necesario e imprescindible". Ese carácter "imprescindible" del servicio eléctrico para el cumplimiento de fines generales del Municipio, de los que el alumbrado público es ciertamente uno primordial pero sin excluir las dependencias y actividades municipales necesarias en el cumplimiento de otros servicios públicos que vienen encomendados a las Entidades Locales (art. 25.2 de la Ley 7/1985 de Bases citada), se sitúa en el marco general de la actuación de la Administración del artículo 103.1 de la Constitución, por lo que no pueden, por tanto, acogerse las alegaciones de desviación de poder y de discrecionalidad inmotivada en la denegación de la interrupción del servicio. La legalidad del acto deviene de la normativa señalada que regula la contratación de las Corporaciones Locales (art. 112.2 del Texto Refundido en materia de Régimen Local, citado) y su aplicación conforme a los principios constitucionales es razonable atendido el interés general que se pretende tutelar y los fines protectores del interés público que la denegación cumple, no resultando acreditado.

Limitado el acto impugnado a la denegación del corte de suministro eléctrico, no puede tampoco acogerse las alegaciones de perjuicios causados a la empresa por la *morosidad en el pago*, con invocación del artículo 31.1 y 33 de la Constitución. En la sentencia apelada se declara al efecto que el contrato de suministro de energía eléctrica, por su propia naturaleza y régimen jurídico, presenta, en los parámetros de la protección de los fines que la Administración abonada ha de cumplir unos caracteres singulares dentro de la contratación administrativa, según establece el artículo 111 del Texto Refundido tan citado, de manera que la Administración conserva la prerrogativa expresada que el ordenamiento establece, pero que por otra parte en modo alguno menoscaba los medios jurídicos de que disponen las empresas suministradoras para obtener el cumplimiento de la obligación de pago en los plazos y condiciones fijadas, ya que, es obvio declararlo, la posición privilegiada de la Administración local a este respecto no le excusa del puntual cumplimiento de las obligaciones con arreglo a Derecho, al que vienen sometidas como las demás administraciones públicas conforme al artículo 103.1 de la Constitución.» (*Sentencia de 19 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 137.*)

IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Delegación de competencias. La delegación de la competencia para autorizar el traslado de farmacias, realizada en favor de los Colegios de Farmacéuticos, no puede ser suspendida por una Orden comunicada de la Consejería correspondiente, que no ha seguido ningún trámite ni ha sido publicada.

«Es objeto del presente recurso la impugnación de la Resolución de la Consejería de la Salud de la Junta de Andalucía de 10-2-1988 que, culminando el expediente administrativo tramitado por la misma, autorizaba al farmacéutico don Rafael B. S. C. al traslado de la oficina de farmacia que posee en Valverde del Camino (Huelva) desde su anterior ubicación en la calle Valle de la Fuente, número 82, a la Plaza de la Constitución, número 12, de la misma localidad. La inicial solicitud de traslado se había formulado el 17-11-1986. Contra la anterior resolución se formuló recurso de reposición por dos farmacéuticos: Por don Francisco Javier V. V., también con farmacia abierta en la misma localidad, que se siente perjudicado por el traslado autorizado al estar situado el nuevo local a menos de 500 metros de un centro de salud, circunstancias que han determinado una notable disminución de las ventas que se hacen en su propia farmacia. Por doña Cristobalina A. M., que desde el 14-4-1987 tiene presentado en el Colegio de Farmacéuticos de Sevilla solicitud de apertura de nueva farmacia, precisamente en la zona en donde se ha autorizado el mencionado traslado, al amparo del artículo 3.º.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 abril, que autoriza tales aperturas cuando se trate de atender núcleo de población de al menos dos mil habitantes. Ambas reposiciones fueron desestimadas por la Administración por Resoluciones de 2 y 11 mayo 1988, que constituye el objeto inmediato del presente recurso. En ambas la Administración dice, literalmente, "esta Consejería de Salud y Servicios Sociales es competente para conocer y resolver los expedientes de traslado de Oficinas de Farmacia, cuando, como en el presente caso, el local a que se pretende trasladar esté situado a menos de 500 metros de un centro de salud, como se establece en la Orden comunicada de 4-4-1986 que suspendió la delegación de resolución de estos expedientes por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de las Provincias de Andalucía". Con ello se plantea la principal cuestión del presente pleito al negar ambos litigantes la competencia de la Consejería para la tramitación y resolución de estos expedientes de traslado de farmacia. Originalmente el Real De-

creto 909/1978, de 14 abril, para los supuestos de traslado de farmacia a otros locales, previstos en su artículo 7, disponía en el artículo 9.1.º.a) que corresponderá a los colegios Colegios Provinciales de Farmacéuticos tramitar y formular propuestas de resolución de los expedientes que se deriven del citado artículo 7.º, para añadir en su apartado 2.º que corresponderá a la Dirección General de Ordenación Farmacéutica por medio de los servicios provinciales y territoriales resolverlos y conferir las autorizaciones de traslado, que podrá delegar en los Colegios Provinciales de Farmacéuticos. No hay dudas sobre la transferencia de estas facultades a la Consejería de Salud. Pero también es cierto que la Resolución de dicha Dirección General de 30-11-1978, publicada en el "BO" de 22-1-1979, dispuso la delegación en dicho Colegio de la resolución de los expedientes citados, e incluso la alzada en el Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos. Para Andalucía esta delegación fue ratificada por la Orden de dicha Consejería de 1-3-1982 ("BOJA" núm. 11 de 15 de mayo). Esta legislación vigente, publicada en el "BOJA" y conocida y aplicada por todos, entiendo que la Consejería ha sido modificada por la referida orden comunicada, normativa que, según reconoce la Junta de Andalucía en su contestación a la demanda, no ha sido objeto de publicación en Boletines Oficiales. Esta Orden comunicada, sigue reconociendo la Junta de Andalucía, ha sido declarada radicalmente nula por nuestra S. 21-6-1988 dictada en el Recurso 1334/1986. A pesar de todo ello, la Consejería no tiene inconveniente en continuar aplicándola por la razón de que habiendo sido objeto de nuestra sentencia de recurso de apelación ante el Tribunal Supremo no se conoce el fallo definitivo que se ha dictado. Por el contrario, y mientras no conste superior parecer al nuestro, mantenemos íntegramente las razones que nos llevaron a declarar radicalmente nula la referida "orden comunicada" y por ello, al amparo del artículo 39.2.4 de la Ley Jurisdiccional, entendemos nulos los actos impugnados por suponer aplicación individual de disposición no conforme a Derecho. Por todo lo expuesto y como resumen de lo dicho, podemos afirmar que conforme a las normas jurídicas vigentes y no modificadas como corresponde a un estado de derecho constitucionalmente consagrado, la legislación aplicable al dictarse los actos recurridos era de delegación de las facultades de que en el presente caso hace uso la Consejería de Salud en los Colegios Farmacéuticos, y por esto son ellos los únicos facultados, mientras no cambie la regulación, para tramitar y resolver los expedientes administrativos referidos con la consecuente nulidad de lo indebidamente actuado.

No hay razones para hacer expresa condena al pago de las costas procesales.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Las alegaciones de la representación del apelante en orden a la viabilidad de su pretensión revocatoria de la sentencia recurrida carecen de fundamento en función de los hechos acreditados en los que se hallan acordes las partes en relación a haberse declarado nula la Orden no publicada en el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía" de la Consejería de Salud y Consumo de fecha 3-4-1986, por la que se atribuía en determinados expedientes de traslado de oficinas de farmacia la competencia, suspendiendo la delegación en los Colegios Provinciales de Farmacéuticos, acordada por la Resolución de la Dirección General de Ordenación Farmacéutica de 30-11-1978 con alzada ante el Consejo General, ratificada para Andalucía por Orden de la meritada Consejería de 1-3-1982, publicada en el citado Boletín el 15-5-1982; nulidad de pleno derecho declarada por el Tribunal *a quo* en su Sentencia de fecha 21-6-1988, Recurso 1334/1986, que fue confirmada por este Tribunal en su S. 26-3-1990 (RJ 1990, 10562), al estimar carente dicha Orden de eficacia por no haberse publicado ni tramitado expediente alguno antes de su promulgación, artículos 29 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado y 45, 47.1.c) y 132 de Procedimiento Administrativo; de lo que se infiere la incompetencia manifiesta de la citada Consejería para tramitar y resolver un expediente de traslado de farmacia según la normativa a

que se contrae el Decreto de 14-4-1978, con efecto, por tanto, de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada ante el Tribunal de instancia según el artículo 47.1.a) de la Ley Procedimental citada.

No siendo renunciable la competencia, artículo cuarto de la Ley de Procedimiento Administrativo, los órganos de la administración ni sujeta a su arbitrio la atribución de la concierne a cada materia sometida a la misma, en virtud de la legalidad vigente, no cabe en base a una supuesta economía procedimental resolver la cuestión planteada ante un órgano incompetente suplantando la voluntad del que resulta ser competente según la norma vigente en el tiempo en que se produjeron las resoluciones impugnadas; debiendo mantenerse en todos sus pronunciamientos la sentencia apelada por la que se ordenó mantener como válidas las actuaciones practicadas por el Colegio Provincial de Farmacéuticos de Huelva.» (*Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 10035.*)

V. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Grupos políticos de las Corporaciones Locales. Los grupos políticos son elemento organizativo de la entidad local, y sus decisiones relativas a la admisión o expulsión de miembros tienen una vertiente administrativa controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Hay voto particular disidente.

«Examinaremos a continuación el problema en cuanto a la resolución de expulsión acordada por el Grupo Político. Las Corporaciones Locales, siguiendo el tradicional sistema parlamentario, se estructuran en grupos políticos, que son el medio por el que sus miembros actúan corporativamente (art. 23.1 del Reglamento citado), lo que explica la doctrina constitucional que afirma que la composición no proporcional de las Comisiones informativas falsearía el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones, por se aquéllas meras divisiones internas del Pleno, por lo que se entiende que deben reproducir en cuanto sea posible la estructura política de éste, como disponen, para sus respectivas esferas, los Reglamentos del Congreso (art. 40) y del Senado (art. 51), en los que se dice que las Comisiones se compongan con arreglo a la importancia numérica de los grupos, criterio que impone también el artículo 25.b) del mencionado Reglamento de Organización y Funcionamiento para las Comisiones de los Ayuntamientos y las Diputaciones.

De lo dicho podemos inferir que la sustancial base asociativa de los grupos políticos, en cuanto que sus miembros se unen a ellos por razón de la identidad de sus posiciones ideológicas, de actuación política o de intereses comunes que constituyen el sustrato definidor de los partidos políticos, se transforman en un elemento organizativo del propio ente administrativo territorial, de modo que aquéllos se constituyen en el cauce o medio esencial para que los representantes populares que forman las respectivas Corporaciones participen en la actividad decisoria de éstas, habiendo reconocido la jurisprudencia la potestad reglamentaria de las propias Corporaciones para fijar el número mínimo de miembros necesarios para que pueda formarse grupo (*Sentencia de 20 mayo 1988 [RJ 1988, 4194]*).

Quiere todo esto decir que estando los grupos sometidos a un régimen de reglamentación administrativa y siendo piezas básicas en la formación de la voluntad de los entes de la Administración Local, puesto que a través de ellos se forma y expresa la de los individuos que los integran con carácter representativo, podemos alcanzar la conclusión de que las decisiones de los mismos relativas a la admisión o expulsión de sus miembros tienen una dimensión pública y administrativa, susceptible de

examinarse por esta jurisdicción, aun cuando la amplitud de la discrecionalidad que debe reconocerse a las decisiones de los propios grupos haga que el alcance del control jurisdiccional sea realmente escaso.»

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Luis Antonio Burón Barba a la Sentencia de fecha 8 febrero 1994, recaída en el recurso número 11505/1991.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Disiento de los Fundamentos de Derecho y Fallo de la Sentencia apelada de 8 febrero 1991; por el contrario, acepto los Fundamentos de la sentencia apelada en su totalidad, que son: "1.º) Aunque, a efectos del procedimiento de la Ley 62/1978, el concepto del acto administrativo, presupuesto procesal de este orden jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley de 27 diciembre 1956, se viene interpretando por la jurisprudencia con criterios amplios, conforme a los cuales queda comprendida en el mismo cualquier actuación de las Administraciones Públicas que desconozca los derechos fundamentales amparados por la Constitución, incluso omisiones y vías de hecho, tal amplitud de criterio tiene evidentemente sus límites en la necesidad de que el órgano o la persona jurídica pertenezca efectivamente a la Administración. En otro supuesto, la protección del derecho fundamental que se considera violado ha de pretenderse por un cauce procesal distinto. 2.º) Como indicamos en nuestro Auto de 28 mayo pasado, denegatorio de la suspensión pretendida por el recurrente del examen del acta de la sesión del Pleno de la Diputación Provincial de Palencia de 11 de marzo se infiere que la Corporación se limitó a tomar conocimiento, por lectura de su Secretario, del escrito presentado por el Portavoz del Grupo Popular de la Corporación, órgano político y no administrativo, por el que participaba el acuerdo tomado por los integrantes del mismo sobre expulsión de don Francisco M. S. No hay, pues, acto ni actuación administrativos susceptibles de revisión jurisdiccional, lo que nos obliga a inadmitir el recurso, en aplicación del artículo 82.c) de la Ley de 27 diciembre 1956. 3.º) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que sirve de ejemplo la Sentencia de 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1491), la declaración de inadmisibilidad deja imprejuzgada la cuestión de fondo, por lo que no es preceptiva la condena en costas prevista en el artículo 10.3 de la Ley 62/1978 y rige el criterio de la temeridad previsto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional. En la aplicación de éste al caso de autos no se estima procedente su imposición.»

La sentencia disentida admite que esos Fundamentos contienen "un razonamiento sólido —en su propia sencillez—", pero no obstante se inclina hacia la tesis que rechaza la inadmisibilidad del recurso, porque el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (arts. 24 y 25) mencionan la constitución de los grupos políticos y señalan los primeros pasos para su *reconocimiento* (no como acto aprobatorio indispensable pero sí como *conducta administrativa* a cargo del Presidente y del Pleno según opinión de la sentencia).

Tratándose de una corporación local constituida y en marcha la expulsión de un miembro de un grupo, no puede calificarse como acto de la *Administración* en el sentido propio del artículo 1.1 de la Ley de esta jurisdicción. Por otra parte, la comunicación al Presidente y la decisión de éste de dar cuenta al Pleno no son tampoco actos de la Administración provincial, sencillamente suscitan o pueden suscitar incidentes en las sesiones, que desde luego no pueden considerarse actos sometidos al Derecho Administrativo.

En resumen, no hay vínculos administrativos en juego, no se ejercitan potestades administrativas o de índole disciplinaria o sancionadora.

La cita de la Sentencia de 20 mayo 1988 admite la *potestad reglamentaria* de la Corporación para modelar los grupos, pero en nuestro caso no se juzga un acto de la Corporación.» (Sentencia de 8 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 99.)

B) *Control.*

1. *Interpretación amplia del artículo 65 de la LBRL. La legitimación autonómica para impugnar acuerdos locales se extiende a cualquier infracción legal, con independencia de la materia afectada.*

«Formula también la representación de la parte apelante otra alegación que hizo fuera del trámite procesal oportuno en la primera instancia, aunque se pronunciara sobre ella la sentencia apelada. Se trata de la pretendida falta de legitimación de la Junta de Galicia, por entender el Ayuntamiento apelante que el artículo 65 de la Ley 7/1985, que sirve de cauce a la impugnación, señala claramente que esta facultad sólo puede ejercitarla cuando el acto de la Entidad Local infrinja el ordenamiento cuyo interés público le corresponde tutelar, interpretación que, a su juicio, avala la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 diciembre (RTC 1989, 214), por lo que, siendo la materia litigiosa de competencia estatal, estima que la Comunidad Autónoma carece de legitimación.

El artículo 65 de la Ley 7/1985 prevé que la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuando consideren, "en el ámbito de sus respectivas competencias", que un acto o acuerdo de alguna entidad local "infringe el ordenamiento jurídico", podrán impugnar tal acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, directamente o previo requerimiento a la entidad local para la anulación del acto.

Ahora bien, contrariamente a lo que el apelante afirma, la citada sentencia del Tribunal Constitucional no señala cuál sea el sentido que deba atribuirse a la expresión "en el ámbito de sus respectivas competencias", limitándose a rechazar la inconstitucionalidad en que a juicio del Parlamento y Generalidad de Cataluña incurrió dicho precepto por no reservar en exclusiva a la Comunidad Autónoma las facultades de control sobre los actos y acuerdos de las entidades locales que, por incardinarse en el ámbito de lo ejecutivo, consideraban que correspondían a la Comunidad Autónoma, con arreglo a las competencias que había asumido en materia de régimen local. El Tribunal Constitucional desestimó esta pretensión señalando que la competencia de ejecución invocada no se ponía en cuestión, pues tanto el artículo 65 como el 66 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local presentan una incuestionable dimensión jurídico-procesal cuya regulación es de la exclusiva competencia del Estado en los términos del artículo 149.1.6.º de la Constitución, por lo que "no se trata, en realidad, de un control de los actos y acuerdos locales por la Administración estatal o autonómica, sino de la regulación de la legitimación precisa para la impugnación de los mismos ante la jurisdicción contencioso-administrativa". Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional, "desde esta perspectiva, puede mantenerse que el título competencial que ampara ambos preceptos de la Ley, no es sólo el dimanante del artículo 149.1.18 de la Constitución, sino que confluye también el previsto en el número 6 del mismo artículo del texto constitucional".

Por consiguiente, la citada sentencia del Tribunal Constitucional proclama la constitucionalidad de los dos mencionados preceptos de la Ley 7/1985, pero en modo alguno señala cómo debe interpretarse el inciso "en el ámbito de sus respectivas competencias" que contiene el primero de dichos artículos; cuestión ésta que ha dividido a la doctrina, aunque mayoritariamente se decanta en favor de la apertura legitimadora, más conforme con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, que, según señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1987, de 25 febrero (RTC 1987, 24), impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, siendo éste el criterio que, en definitiva, ha seguido la jurisprudencia de la Sala en Sentencias de 12 marzo 1990 (RJ 1990, 3404) y 15 mar-

zo 1993 (RJ 1993, 2112), al declarar, en la primera de ellas, que “probablemente ha querido decirse que la Administración del Estado en todo el territorio nacional y las Administraciones regionales en su respectivo territorio y respecto de las corporaciones locales que queden bajo su jurisdicción pueden impugnar cualquier acto local que, según su parecer, sea contrario al ordenamiento jurídico”, y señalar, en la segunda, que la legitimación procesal, con arreglo al artículo 65 de la Ley 7/1985, “tiene una amplitud de mayor extensión que el precepto primeramente citado del artículo 66, identificándose con el interés público de mantenimiento de la legalidad”.

En el presente caso, aparte de esta legitimación genérica que, en observancia del principio de unidad de doctrina, debemos reconocer a la Junta de Galicia como portadora del interés de defensa de la legalidad (art. 103.1 CE), no puede ocultarse que las competencias que en materia de Régimen Local le atribuye el artículo 27.2 de su Estatuto, justifican un interés legítimo en la impugnación ejercitada.» (*Sentencia de 15 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 1069.*)

2. *Planeamiento urbanístico.*

Vid. X. URBANISMO.A). (*Sentencia de 21 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1455.*)

VI. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

Amplia doctrina sobre la legalidad y tipicidad de la potestad disciplinaria de los Colegios de Abogados según el Estatuto General de la Abogacía de 1982.

«La cuestión planteada referente a la genéricamente alegada inconstitucionalidad del Real Decreto 2090/1982, así como la falta de cobertura legal y de tipicidad de las infracciones sancionadas, ha quedado resuelta con rotundidad en las Sentencias de esta Sala de 16-3-1989 (RJ 1989, 2089) y 9-10-1989 (RJ 1989, 7339), 23 septiembre y 9 noviembre 1988 (RJ 1988, 7244 y 8915) y que por el principio de unidad de doctrina han de ser asumidas en el presente supuesto.

El Tribunal Supremo en SS. 7-7-1983 (RJ 1983, 3915) y 1-4-1986 (RJ 1986, 2626) declaró ya la improcedencia de los recursos contencioso-administrativos que impugnaron por razones constitucionales y de legalidad ordinaria, el Real Decreto 2090/1982 y que el propio Tribunal Constitucional reitera en la S. 15-7-1987 (RTC 1987, 123), pues si bien el artículo 36 de la Constitución española eleva a norma de rango constitucional, tanto el criterio de regulación legal de las profesiones tituladas, como el principio de régimen corporativo o colegial de manera que si en la norma constitucional se contiene la previsión básica sobre lo que sea la especificidad peculiar de las actividades profesionales se traslada, sin embargo, al ámbito de la legislación ordinaria la regulación de los Colegios Profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, sin que quede excluida la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado (vía Reglamento) de las leyes formales que han de contener inexcusablemente las líneas básicas de regulación de las profesiones así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales.

El Estatuto de la Abogacía viene a sustituir a los anteriores de 28-6-1946 y 3-2-1947 y se ampara en lo preceptuado en la Ley de Colegios, artículo 863 de la Ley Orgánica de 1870, corroborado en los artículos 439 y 442.2 de la Ley 6/1985 que prevé

la posibilidad de la regulación estatutaria por vía reglamentario —art. 97 de la Constitución española—, si bien respetando los principios emanados de la jerarquía normativa, presupuestos constitucionales y de derecho comunitario, además de los principios generales del Derecho que sin duda enmarcan la potestad normativa de la Administración, y en ese sentido pueden aducirse las SSTC 20 febrero y 24 julio 1984 (RTC 1984, 23 y 83) y lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985 en los artículos 439 y 442.2, apareciendo además como no dudosa la constitucionalidad del artículo 6 y preceptos concordantes de la Ley de Colegios Profesionales, sin perjuicio de resaltar la necesidad sentida de una nueva regulación actualizada y plenamente acorde con los principios constitucionales.

Las SSTC 24-7-1984, 21 enero y 7 abril 1987 (RTC 1987, 2 y 42) han precisado que en las situaciones nacidas en el seno de una relación especial de sujeción, la propia reserva de ley —art. 25 de la Constitución española— pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresión de una capacidad administrativa de autoordenación que la distingue del *ius puniendi* del Estado.

La reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley.

Por otra parte, las SSTC 8 abril y 7 mayo 1981 (RTC 1981, 11 y 15) han declarado la no posibilidad de exigir reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior. Y por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada. Asimismo se entiende que no infringe la exigencia constitucional de reserva de ley el supuesto de norma reglamentaria postconstitucional si se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material.

En definitiva —S. 18-2-1988 (RTC 1988, 20)—, que la Ley de Colegios Profesionales presta habilitación suficiente a los Colegios para determinar limitaciones deontológicas a la libertad de ejercicio profesional.

Como claramente expresa la S. 21-12-1989 (RTC 1989, 219) del Tribunal Constitucional, las normas deontológicas de la profesión aprobadas por los Colegios Profesionales no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los colegios. Las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios Profesionales. El incumplimiento de dichas Normas ha de entenderse, pues, con certeza más que suficiente, incorporado o subsumido en la abstracta definición que el artículo 39 de los Estatutos realiza de las conductas sancionables, como aquellas que se apartan de los deberes profesionales o legales relacionados con la profesión.

A mayor abundamiento, se ha de recalcar que el cuadro de sanciones establecido en el Real Decreto 2090/1982 —art. 116—, no suponen sino una esencial idéntica reproducción de las establecidas en los Estatutos ya citados de 28-6-1946 y 3-2-1947.

Todo lo expuesto conduce a la inexorable desestimación de las alegaciones sobre legalidad, tipicidad y constitucionalidad del Real Decreto 2090/1982, formuladas por el recurrente.» (*Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10053.*)

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) *Presunción de inocencia. Alcanza a la realidad de los hechos imputados y a la culpabilidad, entendida como nexa psicológico entre el autor del acto y la conducta reprochada.*

«La sentencia apelada razona que “la presunción de inocencia en vía de amparo se limita a comprobar si la actividad probatoria ha existido, debiendo en tal caso considerar satisfechas las exigencias de la presunción de inocencia” (art. 24.2 CE), “la cual sólo se vulnera cuando no ha existido prueba o cuando la apreciación judicial de la misma es arbitraria o carente de conexión lógica con el contenido de las pruebas sobre las que se realiza” (Fundamento de Derecho Segundo), de cuyo planteamiento genérico desciende después al análisis del caso, destacando la existencia de la prueba de la visita del controlador laboral, lo que, en su estimación, demuestra que “hubo una actividad probatoria y una valoración de la misma que excluyen, pues, la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que en este proceso se invoca”, concluyendo que “la legítima discrepancia que tiene la parte de disentir con aquella valoración probatoria... ha de ser objeto de revisión en el proceso jurisdiccional ordinario...”.

En sus alegaciones apelatorias la parte sostiene que “la presunción de inocencia extiende su ámbito tanto respecto de los hechos tipificados en la norma, como respecto a la intencionalidad, dolo o culpa, que acompaña a la realización del acto tipificador”; reiterando el relato de su conducta y la alusión al informe erróneo emitido por el INEM, concretando su discrepancia con la sentencia apelada “en cuanto sostiene que existe una actividad probatoria respecto a los hechos, pero omitiendo que no existe prueba alguna acerca de la culpabilidad, y habiendo demostrado esta parte que el hecho sancionable tiene su origen en el actuar de la propia Administración, que primero autoriza, y luego sanciona por realizar lo que ella había previamente autorizado”; y sosteniendo que “aun cuando la presunción de inocencia, pudiera verse sustituida por una presunción de culpabilidad, al encontrarse los hechos incardinados en el tipo, al presentarse, como se han presentado por esta parte, pruebas acreditativas de la ausencia de culpabilidad, deberá volver a resurgir el principio de presunción de inocencia respecto a la culpabilidad y deberá ser la Administración quien con actividad probatoria suficiente acredite la existencia de culpabilidad en la conducta del sujeto, sea a título de dolo, o de culpa, lo que no existe en este caso, en el cual la Administración ni siquiera intenta probar este extremo”.

La tesis del Abogado del Estado en orden a la presunción de inocencia es que “no puede existir vulneración alguna... por cuanto se trata, pura y simplemente, de un expediente sancionador por infracción de las leyes sobre empleo, y en el cual la resolución administrativa es revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa, habiéndose incoado el correspondiente expediente administrativo en legal forma”.

Y finalmente la del Ministerio Fiscal es la de que la parte “no alega la ausencia de actividad probatoria en el proceso, sino la falta de culpabilidad de la empresa sancionada. Este tema —sigue el Ministerio Fiscal— en ningún aspecto afecta a la presunción de inocencia”.

Expuestos los términos de la litis, tal y como se nos presenta en esta alzada, debemos aceptar la tesis de la apelante, tanto en lo que se refiere al sentido general de la presunción de inocencia como a su aplicación a este caso concreto.

La sentencia apelada en realidad elude analizar si existe prueba alguna respecto al elemento culpa, que venía cuestionado desde el pliego de descargos en el expediente administrativo, reduciendo la cuestión a un problema de valoración de prueba, ajeno al juego de la presunción de inocencia.

Tal planteamiento, sin embargo, no lo estimamos acertado. La presunción de

inocencia no tiene sólo que ver con la prueba de la autoría de unos hechos (aunque ésa sea su vertiente más usual de aplicación), sino que además de ello se relaciona con la culpabilidad imputable al que, en su caso, los realiza, sin que pueda acantonarse el ámbito de su funcionalidad en aquel primer plano de demostración de hechos.

Es elocuente al respecto la Sentencia 76/1990 (RTC 1990, 76) del Tribunal Constitucional (Fundamento de Derecho 8.B), donde, saliendo al paso de una alegación del Abogado del Estado, en la que se intentaba establecer el doble plano referido, para marginar del segundo la funcionalidad de la presunción, se rechaza por "infundada la distinción que el Abogado del Estado propone entre el plano de los hechos y el plano de la culpabilidad, dado que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción". Y más adelante, con referencia a la presunción de inocencia, afirma que "ésta, como ha quedado dicho, alcanza no sólo a la culpabilidad, entendida como nexos psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también, y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados".

El elemento culpa se encuentra, por tanto, en el ámbito funcional de la presunción de inocencia, y es ése precisamente el planteamiento de la apelante desde la vía administrativa.

En la medida en que en ningún momento se negaron los hechos imputados, sino que se centró desde el principio la cuestión en la inexistencia de culpa, aportando una prueba sólida para justificar una conducta, que sin ella sería encuadrable en el tipo de infracción imputado, estaba situado el problema en el marco de acción de la presunción de inocencia, siendo precisa al respecto una prueba específicamente dirigida a desvirtuarla.

Vale en relación con la exigencia de esa prueba concreta la definición del alcance genérico de la presunción, que la propia sentencia constitucional referida, en el mismo fundamento de derecho citado, enuncia en estos términos: "el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador deba traducirse en un pronunciamiento absolutorio".

Si, pues, el elemento en discusión era, desde el principio, el de la culpabilidad, la prueba de cargo exigible de la Administración debía tener por objeto la demostración de la misma, y no puede entenderse, sin prescindir de la eficacia de la presunción de inocencia, que tal carga probatoria se solvente por la referencia a la prueba de un hecho que ni tan siquiera estaba en discusión.

No se trata, así como sostiene la sentencia apelada, de un problema de valoración de prueba, ajeno a la presunción de inocencia, sino de una total falta de prueba del elemento culpa, que era el cuestionado, y del que desde el principio se desentendió la Administración, dándolo por sentado, cuando en las especiales circunstancias de los hechos, que quedaron relatadas, dicho elemento era problemático.

A mayor abundamiento, la presunción de inocencia no desvirtuada por la Administración, está avalada, por una prueba de la inocencia, en el sentido de la falta de culpa, pues la buena fe de la parte está acreditada, al haber sido inducida a realizar la conducta por la que ha sido sancionada por un informe erróneo de la propia Administración, según se dejó sentado.

La eficacia del error, como elemento de exclusión de la culpa está reconocida en la propia sentencia constitucional de tan reiterada cita (fundamento de derecho 4.º.C), y en reiteradas Sentencias de este Tribunal Supremo, de las que son exponente las de 13 octubre 1989 (RJ 1989, 8386) (Sala 3.ª, Sección 3.ª), 5 febrero 1992 (RJ

1992, 2300) (Sala 2.ª, Sección 5.ª) y 8 marzo 1993 (RJ 1993, 1930) (Sala 3.ª, Sección 7.ª).

En modo alguno obstan a las consideraciones precedentes las alegaciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal que quedaron transcritas.

Las del primero ni tan siquiera tienen una relación lógica con el alcance del derecho de presunción de inocencia, sino que más bien se trata de una negación de su posible aplicación, carente de lógica, pues el hecho de que se tramite un expediente sancionador y que éste sea revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa no supone que en aquél y en ésta pueda no haberse respetado el derecho, que es de lo que se trata.

Y en cuanto a los del segundo consisten en negar que la falta de culpabilidad sea tema afectante a la presunción de inocencia, cuestión zanjada en sentido contrario en las argumentaciones que preceden.

Debemos, en conclusión, estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y en su lugar estimar el recurso contencioso-administrativo que aquélla deestimó, apreciando que los actos administrativos recurridos han vulnerado el derecho fundamental de presunción de inocencia de la recurrente, del artículo 24.2 CE, al haberle sancionado sin la previa prueba de su culpa en la realización de los hechos por los que se le sancionó, siendo por tanto tales resoluciones nulas de pleno derecho.» (*Sentencia de 24 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 413.*)

B) Extranjeros. *La expulsión de una extranjera casada sin que se haya valorado adecuadamente esta condición puede vulnerar el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la libertad de residencia (arts. 18 y 19 CE).*

«Los fundamentos de derecho de la sentencia apelada comienzan con un planteamiento correcto en los numerados primero y segundo, pero al razonar sobre las circunstancias específicas que concurren en este caso y en particular en personales de la recurrente, puede sobreentenderse una cierta animosidad que se plasma en los entremetidos del FJ 4.º (“alterne”, “actividad económica por cuenta propia y ajena” y “casualmente”) que apuntan a un sesgo peyorativo del que se ha hecho mención en el escrito del Ministerio Fiscal presentado en esta instancia, en el que se resalta la falta de recibimiento a prueba, que fue rechazada, a pesar de que no era inútil para justificar si el matrimonio alegado era serio y no una mera estratagema, como parece creerlo la sentencia basada en las sospechas policiales.

Precisamente las puntualizaciones que hemos hecho en el fundamento anterior han evitado estudiar con serenidad y sosiego la *incidencia* que la expulsión de la actora pudiera tener en preceptos constitucionales que la afectan a ella y al cónyuge porque al descalificar su larga estancia en España realizando trabajos dada de alta en la Seguridad Social y el hecho del “casual” matrimonio ha pasado por alto la obligada reflexión sobre preceptos constitucionales que exceden del texto del artículo 13.1 de la Constitución. En efecto, la expulsión de *un cónyuge* es evidente que afecta al artículo 18.1 CE, que no puede incluirse como mero derecho legal aplicable sólo a los ciudadanos españoles, y lo mismo cabe decir respecto al artículo 19 CE cuando se pone en relación con los artículos 66, 68 y 69 del Código Civil, que regulan los *derechos* y deberes de los cónyuges.

Por todo lo expuesto anteriormente y de acuerdo con la posición adoptada en esta instancia por el Ministerio Público, concluimos que la resolución impugnada vulnera los derechos fundamentales de la persona antes glosados y protegidos, según el artículo 53.2 de la Constitución española. Así pues, procede estimar la apelación, con la preceptiva imposición de las costas de la primera instancia, sin que se aprecien motivos para imponer las de dicha apelación.» (*Sentencia de 20 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9937.*)

C) *Objeción de conciencia.*

«Recurso sustancialmente idéntico, tramitado bajo la misma representación procesal, ha sido resuelto por esta Sala Tercera, en Sentencia de fecha 21 mayo 1993 (RJ 1993, 3964), desestimando el de apelación (núm. 11399/1991) interpuesto, por otro objeto de conciencia, contra Sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 16 julio 1991, en la que se desestimaba el recurso y se aclaraba que la Resolución de la Oficina para la Prestación Social de Objeto de Conciencia impugnada, en la que se ordenaba al recurrente su incorporación para la prestación social sustitutoria del servicio militar, en un determinado puesto y en una determinada fecha, no vulneraba el contenido constitucional del artículo 14 de la CE desde ninguna de las perspectivas alegadas por el recurrente, que son las mismas que se invocan en el recurso que ahora examinamos. Procede, por tanto, por unidad de doctrina, la desestimación de este recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada, siguiendo los razonamientos expuestos en la precitada Sentencia de esta Sala Tercera de 21 mayo 1993, en la que se aceptaban los Fundamentos Jurídicos de la sentencia apelada —como ahora aceptamos los que se recogen en la sentencia aquí apelada— y que literalmente transcritos dicen: “PRIMERO. En la apelación el recurrente al criticar la sentencia impugnada, reproduce los argumentos utilizados en la demanda y que fueron debidamente rechazados por el Tribunal Superior. Y así insiste en que la resolución impugnada vulnera el artículo 14 de la Constitución, porque el servicio militar obligatorio es igualmente exigible a los hombres que a las mujeres españolas, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo. Esta genérica afirmación no se funda en que los preceptos directamente citados como de inmediata aplicación en el acto administrativo recurrido (que hay que recordar es el de la Oficina para la Prestación Social de los Objeto de Conciencia, de 26 de octubre de 1990, que indica al actor la fecha y lugar de incorporación a la prestación en el Hogar de la Tercera Edad, de INSERSO, en Cuenca), y que son los artículos 29 y 44.d) del Reglamento de la prestación de los Objeto de Conciencia, Decreto 20/1988, de 15 enero, relativos al órgano competente para efectuar la adscripción y al modo y forma en que se han de efectuar, hayan sido aplicados al recurrente en modo discriminatorio, por razón de sexo, o que los preceptos en sí mismos, sean discriminatorios en función de esa consideración, sino que lo que se alega por el recurrente es que la prestación social sustitutoria produce la vulneración constitucional discriminatoria. Debiendo hacerse notar que tampoco imputa a esa regulación general, bien en el plano legal o en el reglamentario, una directa oposición al artículo 14 de la Constitución, lo que difícilmente hubiera podido hacer, por cuanto que, como resalta el Ministerio Fiscal en la primera instancia, ningún precepto de la legislación aplicable excluye a la mujer de la realización de la prestación social sustitutoria. La razón que expone el actor para justificar la presunta discriminación se centra en que en la actualidad, al no estar regulada la prestación del servicio militar ordinario para las mujeres, se les coloca en situación favorable respecto a los varones, ya que el único modo de que pueda llegar a imponerse la prestación social sustitutoria. Y ello, según el actor, porque así se infiere del artículo 36 de la Ley Orgánica 6/1980, artículo 41 de la Ley 19/1984, que regula el servicio militar, y Decreto-Ley 1/1988, sobre incorporación de la mujer a las fuerzas armadas, que respectivamente remiten al futuro la participación de la mujer en la defensa nacional, y la regulación legal de su servicio militar, o bien al determinar la incorporación femenina a las Fuerzas Armadas la limita a Cuerpos y Escalas entre las que no está el servicio militar ordinario. Es decir, y en conclusión, la vulneración constitucional, la hace derivar el recurrente de una ausencia de regulación legal actual del servicio militar ordinario de la mujer, dado que en la que se establece en plano legal y reglamentario de la prestación social, aparece prevista en términos tales que comprende tanto a los hombres como a las mujeres. Pero con ese planteamiento surge una práctica imposibilidad lógica de lo

que implicaría la necesidad de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, dado que el reproche se relaciona con normas de rango legal, a las que tampoco se anuda, por acción una directa oposición a la Constitución, sino que la imputación se efectúa por la vía de la omisión de la fijación inmediata y actual de las condiciones en que deba prestarse el servicio militar de las mujeres, que es tanto como oponerse al ritmo de acción legislativa orientada a la homologación hombre/mujer, en el cuadro de los derechos y deberes del artículo 30 de la Constitución española, lo que determinaría un juicio político que rebasa los cauces procesales de protección de los derechos fundamentales, ordinaria o de la Ley 62/1978, en consideración a la discrecionalidad que corresponde al legislador para elegir el momento en que ha de desarrollar su acción esencialmente política. Y visto asimismo que, como hace notar el Ministerio Fiscal, la actitud en cierto modo pasiva del legislador, puede tener una justificación objetiva y razonable en la forma en que se va desarrollando, teniendo en cuenta la necesidad de una lógica previa adaptación de la infraestructura organizatoria militar, inexcusable para la posible incorporación femenina al servicio regular, y las consideraciones económicas y sociales a ponderar para dicha incorporación.—SEGUNDO. En otro orden de ideas hay también una contradicción lógica para que las pretensiones actoras puedan prosperar en la perspectiva antes citada. Y es así porque la prestación social sustitutoria, aparece vinculada en la normativa de aplicación al previo reconocimiento de la condición de objetor, a quien ha sido llamado al servicio militar. De ahí que la supuesta discriminación cometida, según el actor, al limitar a los varones el cumplimiento de un deber que el artículo 30 de la Constitución española, asigna genéricamente a los españoles, sin distinción de sexo, sólo es concebible que se plantee racionalmente en la primera secuencia, o sea, al producirse el llamamiento al servicio militar. En el segundo momento, relativo al efectivo llamamiento a la realización de la prestación social sustitutoria, que es lo que ahora se impugna, carece de sentido la utilización de un referente —hombre/mujer—, que no se empleó en la fase precedente de reclutamiento para el servicio militar y declaración y reconocimiento de la condición de objetor, durante cuyo desarrollo el recurrente se abstuvo de toda alegación similar a la que ahora realiza.—TERCERO. En los otros dos motivos de impugnación de la sentencia, tampoco se aprecia que el Tribunal Superior haya interpretado incorrectamente el sentido de protección constitucional que se otorga a la situación cuestionada. En cuanto a la comparación con el sistema de sorteo vigente para el personal de servicio militar, por las mismas razones que se exponen en la sentencia apelada, que se aceptan y se dan por reproducidas. Y porque, en cualquier caso, no cabe aceptar que el régimen paralelo de selección y destino entre el personal de servicio militar y el de prestación social sustitutoria que el actor reclama, venga impuesto por la Constitución, en razón de la igualdad del artículo 14, ya que se trata de colectivos distintos, sujetos a prestaciones carentes de toda homologación, por cuanto la de los declarados objetores depende de otras Administraciones distintas a la Militar, con su propia estructura y organización, que pueden en virtud de las circunstancias, hacer exigible una regulación diferente.—CUARTO. Por último, respecto a la discriminación resultante del Decreto 1442/1989, que adicionó una disposición transitoria al Decreto 1442/1989, que adicionó una disposición transitoria al Decreto 20/1988, de 15 enero, que aprobaba el Reglamento de la prestación social de los objetores, aparte de lo que se dice en la sentencia y se acepta, ha de añadirse que la oposición a dicho decreto, es más que discutible que pueda procesalmente plantearse a través de la impugnación de la Resolución de la Oficina para la Prestación Social, de 26 octubre 1990, que ahora se impugna, y no de un modo directo, como en su caso pudo hacerse por el actor dentro de los plazos procesales a partir de su publicación, dado que en esta resolución no se hace aplicación de esa norma, ni siquiera de un modo remoto o reflejo. Además debe resaltarse que la utilización de la edad, como factor diferencial que hace aplicable a unos y no a otros el beneficio de la norma recurrida, no es vulneradora del artículo 14 de la Constitución española, cuando, como es el caso, ha

sido empleada con la finalidad legítima de compensar los perjuicios derivados del retraso imputable a la Administración, al dictar la Reglamentación de la prestación social sustitutoria, tal como se dijo por el Tribunal Superior".» (*Sentencia de 28 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 433.*)

VIII. SANCIONES

A) *Potestad disciplinaria de Colegio de Abogados.*

Vid. VI. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA. (*Sentencia de 16 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10053.*)

B) *Imputabilidad. Persona jurídica. Aplicación diversa del elemento subjetivo de la culpa.*

«En cuanto a la alegada falta de imputabilidad de la entidad bancaria, hemos de recordar la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 246/1991, de 19 diciembre (RTC 1991, 246), y la del Tribunal Supremo, desde la Sentencia de la Sala de revisión de 20 mayo 1992 (RJ 1992, 3655), eliminando vacilaciones anteriores, en las que se afirma que el derecho administrativo admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora, sin que esto signifique que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a las personas jurídicas nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos, pues falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir normas a las que están sometidas. Capacidad de infracción y, por tanto, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma, asumiendo así las entidades bancarias y crediticias la responsabilidad administrativa derivada de la falta de utilización o utilización negligente por parte de sus empleados, de las medidas de seguridad que es obligatorio instalar y poseer en cumplimiento de las disposiciones vigentes, salvando esta responsabilidad cuando tal proceder no obedece a omisión negligente o desatención, sino a circunstancias o situaciones de riesgo personal grave para los propios empleados o terceras personas.

Y así el artículo 9 del Real Decreto-Ley 3/1979, refiere el incumplimiento de las normas de seguridad a las empresas, al titular de las mismas, no a sus dependientes o empleados, que caso de no atender las instrucciones impartidas por la titularidad de la empresa sobre el efectivo funcionamiento de las medidas de seguridad instaladas podrán incurrir en responsabilidad, mas no frente a la Administración sino, en su caso, frente a su principal.» (*Sentencia de 30 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1230.*)

C) *Circulación de vehículos. Responsabilidad del titular del vehículo. No vulnera el principio de presunción de inocencia en el caso de pasividad del titular. Doctrina del TC en Sentencia 219/1988.*

«Las alegaciones que la parte actora y hoy apelante aduce en el trámite previsto en el artículo 100 de la Ley de esta Jurisdicción, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, no tienen entidad suficiente para enervar los acertados fundamentos que sirven de premisa al fallo de la sentencia apelada, pues con independencia de ser reiteración de los expuestos en los escritos fundamentales de instancia, a los cuales da adecuada respuesta la sentencia hoy impugnada, es que además, si bien es cierto que cuando tanto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 219/1988, de 22 noviembre, dictada por su Sala Segunda, como esta Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 mayo 1991 [RJ 1991, 3895]) han afirmado que el contenido del artículo 278.II del Código de la Circulación, entonces vigente, no establece una presunción *iuris et de iure* para considerar como conductor-infractor al titular administrativo del vehículo con el cual se comete, y que legitime a las Autoridades de Tráfico para imponer la sanción correspondiente a éste, lo han realizado en casos en que el titular administrativo del vehículo ha aducido en vía administrativa y jurisdiccional no ser el conductor en el momento de cometerse la infracción denunciada, por ello se ha dicho, y es preciso reiterar, que el artículo 278 del entonces vigente Código de la Circulación, en su apartado I, sienta el principio correcto de la responsabilidad personal por hechos propios (principio de la personalidad de la pena o sanción), e igualmente, que del contenido del apartado II de dicho precepto, por el simple hecho de la notificación de la denuncia y de la advertencia de poderle ser exigida la sanción al titular del vehículo (“Si el conductor responsable de la infracción no fuese conocido, las primeras medidas del procedimiento se dirigirán a su identificación, a cuyo efecto se notificará la denuncia al titular del vehículo o al propietario de los animales, interesando los datos de dicho conductor, con la advertencia de que podrá verse obligado al pago de la sanción pecuniaria que en su caso corresponda a la infracción si aquella no se lograra” —la identificación—, dice el apartado II del artículo citado), resulte una legitimación a la Autoridad de Tráfico para imponer la sanción al titular ni por ello queda exonerada de proseguir las pertinentes diligencias de prueba para conseguir la identificación del conductor, ya que dicha comunicación y advertencia no pueden convertirse —por la pasividad de la Administración— en una presunción *iuris et de iure* que no resulta, en los términos absolutos que entraña dicha presunción, del artículo 278.II del citado Código, pero ello, claro está, siempre referido a que el titular, bien en el pliego de descargos, bien en las alegaciones que produzca en vía administrativa, niegue la condición de ser él el conductor-infractor, pero tal doctrina no puede entenderse de aplicación cuando requerido para que facilite los datos del conductor del vehículo que cometió la infracción sancionable, mantenga silencio al respecto.

En el caso aquí enjuiciado resulta acreditado: a) Que la notificación del boletín de denuncia se efectuó por correo certificado con acuse de recibo el 4 de octubre de 1988. b) Que en la citada notificación se hacía constar que el “presente escrito surtirá efectos de notificación de la denuncia en el supuesto de que fuera usted conductor del vehículo”, concediéndole el plazo de diez días hábiles para presentar escrito de descargos con aportación o proposición de las pruebas que considere oportunas, haciendo también constar que, habiéndose formulado contra el conductor del vehículo que reseña del que aparece como titular, se inicia el correspondiente expediente sancionador, lo que se notifica a efectos de que dentro del plazo antes citado “comunique a esta Jefatura el nombre y domicilio del citado conductor, advirtiéndole que de no hacerlo se seguirá contra usted el procedimiento”. c) El actor no formuló pliego de descargos ni facilitó el nombre del conductor caso de no haber sido él mismo, limitándose a recibir la notificación de la denuncia y una vez que por resolución de la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid, por delegación, de la Delega-

ción del Gobierno en Madrid, de fecha 19 de noviembre de 1988, se le notifica la resolución del expediente sancionador, imponiendo la multa de 10.000 pesetas y suspensión del permiso de conducir durante un mes, la recurre en alzada ante la Dirección General de Tráfico, en cuyo escrito no niega que él fuese el conductor, sino que se le responsabiliza de la infracción sin prueba alguna y que de forma improcedente se aplica el artículo 278 del Código de la Circulación, y d) Interpuesto el recurso contencioso, ni en demanda ni en conclusiones se niega la condición del recurrente como conductor del vehículo denunciado, no articulando medio de prueba de clase alguna, ya que ni tan siquiera solicitó el recibimiento a prueba del proceso, arguyendo, únicamente, la improcedencia de la aplicación del artículo 278 del Código de la Circulación a la luz de la sentencia antes ya citada del Tribunal Constitucional, con el corolario inherente a la infracción del artículo 24 de la Constitución, pues se dice infringida la presunción de inocencia que el citado precepto reconoce, así como infracción del artículo 25.1 de la Constitución, por considerar que se le sanciona, por haber incumplido el deber de comunicar a la Administración la persona del conductor y no por el hecho objeto de denuncia, y a todas estas cuestiones se da puntual respuesta en la sentencia apelada, cuyas consideraciones se dan aquí por reproducidas en evitación de reiteraciones estériles al haber sido aceptados por esta Sala sus fundamentos de derecho.

De lo acabado de exponer se desprende meridianamente que los casos contemplados en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 noviembre 1988 (219/1988), así como la de esta Sala de 14 mayo 1991, no son equivalentes, pues mientras en aquéllas los titulares administrativos de los vehículos adujeron en el expediente administrativo no ser los conductores del turismo cuando la infracción fue cometida, y en el caso aquí enjuiciado, como queda dicho anteriormente, ni se ha aducido tal aserto ni propuesto prueba de clase alguna al respecto, por lo que al no existir coincidencia en las posturas de las partes en aquéllos y este proceso, mal puede ampararse éste en tales precedentes que se dictan en atención a las particularidades que en aquéllos concurrieron y no coinciden con el presente, pues la doctrina de esta Sala, coincidiendo con la en su ámbito establecida por el Tribunal Constitucional, es que, como se dice en la sentencia apelada, cuando la Administración tiene a su disposición medios para averiguar quién es el conductor-infractor, no puede quedar pasiva y sin más sancionar al propietario del vehículo, pero no resulta tal doctrina aplicable cuando es éste, que normalmente debe conocer qué persona conduce sus vehículos en cada determinado momento, guarda silencio sobre el particular para, amparándose en el anonimato de la autoría, pretender la exoneración de la infracción detectada, que implícitamente con tal proceder se reconoce que es precisamente la razón de ser del citado artículo 278 del Código de la Circulación anterior, con la secuela consiguiente de tener, en consecuencia, que responder de la infracción denunciada y sanciones que con tal motivo son impuestas.» (*Sentencia de 8 de marzo de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1674.*)

IX. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Las Mancomunidades de Municipios pueden ejercer la potestad expropiatoria, aun sin ley autonómica que lo autorice expresamente, en virtud de la legislación urbanística general, pero no por vía de delegación por los Municipios asociados.

«El apelante niega que la Mancomunidad de Municipios ostente potestad expropiatoria, por no ser una entidad local territorial, y, en consecuencia, al haber sido

acordada la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los bienes expropiables, y concretamente de la finca de su propiedad, por la Mancomunidad demandada, se está ante un supuesto de nulidad de pleno derecho por ser un acto dictado por órganos manifiestamente incompetentes —art. 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958—, en tanto que la sentencia apelada justifica el referido acuerdo expropiatorio, adoptado por la Mancomunidad (al no haberse promulgado por la Comunidad Autónoma Valenciana norma alguna que atribuya potestad expropiatoria a las Mancomunidades de Municipios como entes locales no territoriales según lo dispuesto por el artículo 4.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local), en lo establecido por el artículo 7.3 de esta misma Ley, según el cual las competencias de las entidades locales en general pueden ser propias o ejercidas por delegación, habiendo sido en este caso la potestad expropiatoria de la Mancomunidad delegada por acuerdo expreso del Ayuntamiento, dentro de cuyo término municipal se encuentra la finca expropiada, el cual forma parte de dicha Mancomunidad.

El significado del precepto aludido no es, sin embargo, el que considera el Tribunal *a quo*, ya que tal norma se refiere a la delegación de potestades propias de una Entidad local en otra de ámbito menor porque dispone textualmente que "las competencias atribuidas se ejercen en los términos de la delegación, que puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad que, en todo caso, habrá de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad local". Esta disposición, reguladora del ejercicio de las potestades delegadas, adquiere pleno sentido al relacionarla con lo preceptuado por el artículo 66 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, que permite a los Municipios recibir delegación de otras entidades locales y al Estado y las Comunidades Autónomas delegar en las Entidades Locales la realización de obras, ejecución de servicios y, en general, el ejercicio de actividades propias de su competencia. No es, pues, la delegación contemplada por el citado artículo 7.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local la que puede justificar la expropiación acordada por la Mancomunidad de Municipios.

El recurrente sostiene con razón que ni el artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa ni el artículo 4.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, permiten a las Mancomunidades de Municipios, en defecto del desarrollo legislativo autonómico previsto por el número 2 del último artículo citado, acordar la expropiación forzosa de bienes o derechos; ahora bien, la expropiación que nos ocupa fue acordada por la expresada Mancomunidad de Municipios con el fin de ejecutar un elemento del sistema general de depuración de aguas residuales de los Municipios que constituyen la Mancomunidad, contemplado por el Ayuntamiento de San Juan como dotación de alcantarillado a parte de la ciudad según un denominado "proyecto técnico de alcantarillado parcial de la ciudad", aprobado el 24-3-1985 por el indicado Ayuntamiento, incluido en el Plan Provincial de Obras y Servicios de 1984 con el número 70, como se deduce de los documentos que aparecen en el expediente administrativo, y por ello estamos en presencia de una expropiación forzosa desarrollada para la ejecución de un elemento del sistema general de depuración de aguas, contemplado por los artículos 134.2 y 135.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril, cuyo artículo 216.1 autoriza a los municipios a constituir Mancomunidad voluntaria para el desarrollo de su competencia urbanística (arts. 7.2 y 9 a 11 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 agosto), disponiendo a continuación, en el número 4 del mismo artículo, que "constituida la Mancomunidad o Agrupación, las facultades municipales correspondientes se ejercerán a través de la organización común".

En definitiva, considera esta Sala que es el ordenamiento urbanístico, en vigor al tiempo en que la Mancomunidad de Municipios acordó la expropiación forzosa

para la ejecución del sistema general de depuración de aguas residuales de los Municipios que la integraban, el que legitima a dicha Mancomunidad demandada para ejercer sus competencias urbanísticas, entre las que el artículo 3.3.b) del citado Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana incluye la de expropiar los terrenos necesarios para efectuar las obras, por lo que, al decidir la expropiación del terreno, propiedad del apelante, con el fin de ejecutar el mencionado sistema general de depuración de aguas residuales, hizo uso de sus atribuciones, de manera que tal acto no puede ser calificado de nulo por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente y, en consecuencia, hemos de desestimar tal motivo de impugnación del acto administrativo, objeto del recurso contencioso-administrativo, y de la sentencia que lo declaró ajustado a Derecho.» (*Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9258.*)

X. URBANISMO

A) Planeamiento. Control por Comunidad Autónoma. Control de legalidad. Incluye el control a la luz de los principios generales del derecho. Desviación de poder y arbitrariedad.

«Y destacando la alusión que acaba de hacerse a la conexión de los intereses locales y supralocales, es de señalar que una acomodación del artículo 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos:

A) Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados —es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios reglados—:

a) Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal.

b) Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores, ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad.

B) Aspectos discrecionales.

También aquí es necesaria aquella subdistinción:

a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés autonómico. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores, ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto:

a') Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia —Sentencias de 1 y 15 diciembre 1986 (RJ 1987, 415 y 1052), 19 mayo y 11 julio 1987 (RJ 1987, 5818 y 6877), 18 julio 1988 (RJ 1988, 6082), 23 enero y 17 junio 1989 (RJ 1989, 427 y 4730), 20 marzo, 30 abril y 4 mayo 1990 (RJ 1990, 2246, 3627 y 3799), etc.—.

b') No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad: en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento.

b) Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior: además de lo ya dicho antes en el apartado a'), aquí y dado que "en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último" —Sentencia ya citada del Tribunal Constitucional 170/1989— resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria.

Así lo viene declarando esta Sala reiteradamente —Sentencias de 13 julio 1990 (RJ 1990, 6034), 30 enero y 25 abril 1991 (RJ 1991, 614 y 3430), 18 mayo 1992 (RJ 1992, 4219), etc.—.

Para la aplicación de esta doctrina al caso litigioso ha de indicarse que la debatida anchura de la calle Larga integra un tema discrecional, por lo que el contenido viable del control autonómico dependerá de que resulten o no afectados intereses supralocales.

La Generalitat afirma —alegación quinta de esta apelación— que la anchura de la calle señalada afecta al "enlace entre los Municipios de Vall de Uxó y Alfonteguilla", pero este extremo aparece desvirtuado por el informe de la División de Carreteras de la propia Conselleria de Obras Públicas en el que se admite que la modificación litigiosa "no tendrá ninguna repercusión sobre las comunicaciones entre Vall de Uxó y Alfonteguilla", salvo que se modifique una intersección que ahora no importa.

Así las cosas, no apareciendo implicado ningún interés supralocal en el tema litigioso, es claro que sólo resultaba viable un control autonómico de legalidad.

El acuerdo impugnado deniega la aprobación definitiva de la Modificación "por no estimarse conveniente ni oportuna la reducción del viario con el único objeto de legalizar infracciones urbanísticas", añadiéndose, ya al descestimar la alzada, que el estrechamiento de la calle litigiosa "constituye un grave deterioro de la red viaria prevista" —Consideración técnico-jurídica primera—.

Ciertamente, las expresiones iniciales del acto originario —"conveniente", "oportuna"— parecen aludir a un control de oportunidad aquí inviable, como se ha dicho, pero su referencia a la finalidad u objetivo de la Modificación —legalización de infracciones urbanísticas— apunta directamente a la doctrina de la desviación de poder y aún puede añadirse que el nuevo elemento incorporado en la resolución del recurso de alzada respecto del deterioro de la red viaria sugiere un control por los principios generales del Derecho, más concretamente un control a la luz de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución—.

Y ambos, tanto el de la desviación de poder como el de los principios generales, integran controles de legalidad:

A) Recuérdesse ante todo que el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución ésta que se realiza siempre en atención al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento. La idea del fin resulta así elemento absolutamente esencial de las potestades administrativas y por ello nada ha de extrañar que normas del más diferente rango vengán refiriéndose al mismo: artículos 106.1 de la Constitución, 83.3 de la Ley Jurisdiccional, 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 6.º.1 del Reglamento de Servicios, 84.2 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 abril, y hoy artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y no resultará ocioso destacar la muy cuidada expresión de los textos legales que acaban de citarse. Piénsese en el sentido de los verbos “justificar” —es el que aparece en la Constitución, en el Reglamento de Servicios y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local— y “fijar” —es el que utiliza la Ley Jurisdiccional—. Sólo el fin perseguido “justifica” una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el “fijado” por el ordenamiento jurídico. Sólo en atención a un fin se ha atribuido la potestad. Más allá de ese fin no cabe una válida actuación de aquélla. La necesidad de perseguir justamente ese fin en el actuar administrativo es una “regla psicológica” esencial para la Administración.

Es claro así que el fin de las potestades administrativas, “fijado” por el ordenamiento jurídico, integra siempre un elemento reglado de aquéllas de suerte que un control de legalidad puede llegar a la apreciación de la desviación de poder sin extralimitarse, pues no implica valoraciones de oportunidad.

B) En el mismo sentido ha de entenderse que el control de legalidad incluye el examen del plan a la luz de las exigencias de los principios generales del derecho, puesto que éstos al integrar —precisamente en su más íntima esencia— el ordenamiento jurídico quedan plenamente incluidos en el ámbito del principio de legalidad —Sentencia de 18 mayo 1992 (RJ 1992, 4219)—: la Administración no sólo está sujeta a la Ley sino también al Derecho —art. 103.1 de la Constitución—, es decir, a algo distinto de la Ley y que se identifica con los principios, como ya puso de relieve la magistral Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional. Son los principios la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y, así, al informar todo el ordenamiento jurídico —art. 1.º.4 del Título Preliminar del Código Civil— y por tanto la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, resulta claro que la actuación de ésta ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos, y más concretamente a las del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.º.3 de la Constitución—, que en lo que ahora importa aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.

En conclusión, el carácter discrecional de un aspecto del planeamiento, en ausencia de intereses supralocales, excluye, sí, el control de oportunidad pero no el de legalidad, y más concretamente el que se desarrolla a la luz de los principios generales del derecho.

Ya en este punto será de destacar que la Memoria del Plan, que ha de considerar la edificación existente en el territorio —art. 38.2.º.e) del Reglamento de Planeamiento—, forma parte integrante esencial de aquél —Sentencias de 25 abril y 20 diciembre 1991 (RJ 1991, 3430 y RJ 1992, 314), 13 febrero y 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 4219), etc.—, lo que implica que no es una opinión de su redactor, sino un contenido del plan incluido en lo que ahora importa en las aprobaciones inicial y provisional.

Así las cosas, ha de entenderse acreditado:

A) Que las infracciones aludidas en el acuerdo denegatorio de la aprobación definitiva aquí impugnado existieron —Memoria descriptiva y justificativa, Desarrollo del Plan Parcial, núm. 22 en rojo—.

B) Que la finalidad de la Modificación aprobada inicial y provisionalmente por el Municipio, reduciendo la anchura del vial de diez a seis metros, era precisamente la de acoplar la normativa a la realidad —Memoria, Objeto Modificación, hoja 1, núm. 25 en rojo—, legalizando así las infracciones, como advierte el acuerdo aquí impugnado.

Sobre esta base y puesto que la desviación de poder es un vicio de examen subsidiario, para un estudio de la cuestión en relación con las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad —Sentencias de 23 ene-

ro 1989 (RJ 1989, 427), 20 marzo 1990 (RJ 1990, 2246), 2 abril 1991 (RJ 1991, 3278), 12 mayo 1992 (RJ 1992, 4146), 15 marzo 1993 (RJ 1993, 2523), 28 enero 1994, etc.— habrá de indicarse:

A) La primitiva anchura de diez metros prevista en el Plan para la Calle Larga ha de entenderse la más adecuada para las necesidades del tráfico tal como se apreciaron en el momento de la redacción del planeamiento que en este momento se pretende modificar.

B) Su reducción ahora a seis metros implica un quebranto para aquellas necesidades:

a) Así lo indicaba la resolución del Conseller que desestimaba la alzada interpuesta contra el acto originario —grave deterioro de la red viaria prevista—.

b) Y así resulta también del contenido de las actuaciones practicadas en la fase municipal del procedimiento de elaboración de la Modificación litigiosa: formuladas alegaciones a raíz de la aprobación inicial indicando que el vial litigioso es el acceso a la zona y que por tanto su estrechamiento "constituye una arbitrariedad y un contrasentido... y no resiste el más mínimo criterio urbanístico", el informe del arquitecto de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Vall de Uxó —aparece en los autos con el núm. 19 en rojo— señala que lo alegado "es cierto considerando el tema a nivel de planeamiento, partiendo de la estructura del plan", aunque la modificación responde a un intento de ajustar el planeamiento a la realidad.

C) Y aún sería de añadir que si las dos edificaciones y las dos vallas afectadas parcialmente por la anchura de diez metros de la calle Larga están fuera de ordenación y no resultan aconsejables las actuaciones que podrían conducir a su demolición, el mantenimiento de aquella anchura en el plan deja abiertas las limitaciones del artículo 60 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, con lo que la duración de tales obstáculos queda reducida a su vida natural sin las prolongaciones artificiales derivadas de una consolidación, lo que permitirá una adaptación de la realidad al plan —no viceversa— en un momento menos lejano.

Ha de concluirse, así, que la denegación de la aprobación definitiva de la Modificación del planeamiento aquí impugnada fue fruto de la actuación de un control de legalidad por parte de la Comunidad Autónoma que correctamente entendió, aunque la terminología no fuera ésta, que el contenido de tal modificación no tenía la racionalidad exigible desde el punto de vista del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.» (*Sentencia de 21 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1455.*)

B) Convenio. Instrumento facilitador de la actuación administrativa que no puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas.

«El Convenio celebrado entre doña María T. P. y el Ayuntamiento de Petrer el 23 de marzo de 1979, entra de lleno en el terreno de la práctica urbanística que tiende a complementar las determinaciones legales en la materia, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas, contribuyendo a facilitar la gestión, eliminando *ab initio* los puntos de fricción y los obstáculos que una determinada actuación urbanística pueda originar; y sin que sea dable atribuir a los mismos la constitución de un sistema de ejecución del planeamiento, sin que puedan sustituir en ningún caso el sistema en cada caso elegido, de esta forma el convenio viene a ser un instrumento facilitador de la actuación urbanística que en modo alguno puede implicar derogación ni un beneficio de la Administración ni en favor de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades

urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e irrenunciable. Es así como dicho convenio no hace sino reconocer, por un lado, la expectativa de aprovechamiento que la parte actora tenía por reconocérselo así las Normas Subsidiarias vigentes al tiempo de su celebración, en el año 1979 (Normas 28 y 38 bis de las mismas, de 30 de marzo de 1977), y artículos 98.1 y 124.1 de la Ley del Suelo, eludiendo determinadas actuaciones propias del sistema de ejecución elegido, cual es el sistema de compensación (así, la constitución de la Junta de aprobación de las Bases y Estatutos, e incluso la reparcelación especial de los terrenos que caían en su ámbito de aplicación por ser uno el propietario de los terrenos sometidos a la actuación urbanística), favoreciendo y facilitando la gestión de la urbanización, lo que ya se vio impulsado por la elaboración y aprobación por la propia Administración actuante del estudio de Detalle, reconducido a su función propia de señalar alineaciones y rasantes, así como la ordenación de volúmenes; y, por otro, localizar y materializar parte del proceso ejecucional a efectos urbanísticos mediante la cesión de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita a que estaba obligada la parte actora al amparo de lo dispuesto en los artículos 83.3.1, 120 y 124.1 de la Ley del Suelo y 115 y 78.2 del Reglamento de Planeamiento, concretando igualmente el volumen de edificabilidad de la parte actora en los terrenos de su propiedad, y acumulándolos al aprovechamiento real de los terrenos objeto de cesión en aquéllos, transferencia de aprovechamiento urbanístico que se hizo en aquellos terrenos que posibilitaban su realización según las Normas Subsidiarias y Complementarias a la sazón vigentes; pero que en modo alguno era implicativo de la atribución de un derecho consolidado para dicha parte; pues, como bien se sabe, el proceso urbanizador está constituido por un conjunto de actuaciones íntimamente entrelazadas y concatenadas, hasta tal punto que si no se dan todos los presupuestos escalonados de su progresiva materialización y concreción, las expectativas que los mismos van delimitando no llegan a conformar un derecho tutelante ni a efectos indemnizatorios. Así, en el presente caso existían unos presupuestos facilitadores del Convenio, cuales son las Normas Subsidiarias y el Estudio de Detalle; el Convenio vino a complementar y facilitar su desarrollo, eludiendo *pro futuro* y *ex futuro* la necesidad de realizar una serie de pasos que la fase materializadora de las Normas de Planeamiento exigían y por el concreto mecanismo ejecucional previsto en ellas, cuales son la constitución de la Junta de Compensación, aprobación de bases y Estatutos, reparcelación especial, e incluso el Proyecto de Compensación, al estar ya concretizado a través de Convenio el terreno de cesión obligatoria y gratuita, así como la transferencia acumulada a otros terrenos de su propiedad del aprovechamiento real de aquéllos; ahora bien, la singularidad estructuradora que en el Convenio celebrado entre las partes y que anticipa el cumplimiento de una de las cargas de la obra urbanizadora, cual es la de la cesión, y le reconoce el derecho expectante de edificabilidad al cesionario (cumplimiento del principio de beneficios y cargas), no podía agotar todas las posibilidades de ejecución ni consolidar auténticos derechos a favor de la parte actora, pues ello implicaría renuncia de la potestad y legítimos derechos que corresponderían a la Administración cedente en el ámbito urbanístico; así, la carga impuesta al cesionario *ex lege* de costear la urbanización, presentar el Proyecto de Urbanización, solicitar la licencia de edificación y la de obras, aspectos que sólo pendían de la parte actora, y si la misma no quiso instalarlos y no había programa de actuación en las Normas de Planeamiento para su materialización, es claro que la consolidación de su derecho no era imputable a la Administración sino a la propia parte accionante, que mantenía una situación de forma indefinida, que en modo alguno podía condicionar la potestad del Ayuntamiento de Petrer de ejercitar el *ius variandi* por el que se alteró el volumen de edificabilidad y de la que dependía la ejecución real y efectiva del Planeamiento, y por ende, el cumplimiento de la carga que para el mismo se derivaba del propio Convenio, y es la de edificar previos los trámites legales pertinentes, como la presentación del Proyecto de Urbanización y Obtención de la correspondiente licencia de edificación, y en los plazos que el artículo 154 de la Ley del Suelo señala, y que el Convenio no podía derogar, ni eludía,

por ser de obligado cumplimiento, cuando el Plan y el Programa no los establece, así como la de costear la urbanización.» (*Sentencia de 15 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1448.*)

C) *Disciplina. Obras realizadas sin licencia. Legalización aunque haya transcurrido el plazo para solicitar la licencia.*

«Pone de relieve el acto administrativo originario que las obras litigiosas fueron llevadas a cabo excediéndose de lo autorizado en una determinada licencia por lo que al titular de ésta se le requirió para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley del Suelo de 1976, ajustara las obras a la referida licencia o solicitara una nueva en el plazo de dos meses. Como el requerimiento referido se hizo con fecha 8 de mayo de 1984 y la solicitud de la licencia en cuestión se formalizó el 26 de julio siguiente, esto es, cuando había transcurrido ya el plazo de dos meses antes indicado, la parte recurrente sostuvo en la instancia, y reitera ahora esta alegación en apoyo de su pretensión de apelación, que como el artículo 184 de la referida Ley del Suelo de 1976 dispone, en su párrafo tercero, que “transcurrido dicho plazo (el antes indicado de dos meses) sin haberse instado la expresada licencia (...) el Ayuntamiento acordará la demolición de las obras a costa del interesado y procederá a impedir definitivamente los usos a los que diere lugar”, lo que debió acordarse en el supuesto de que se trata fue la demolición de la vivienda y ático en cuestión y no su legalización.

En relación con la alegación referida en el razonamiento anterior, la Sala de instancia dice en su sentencia que “lo fundamental en la legalización de una obra es si se ajusta o no a la normativa urbanística, por lo que la no observancia por el interesado del plazo que le es otorgado a fin de pedir tal legalización no debe afectar al fondo u objeto de la misma”. Este Tribunal comparte el criterio que se acaba de expresar, criterio que es el que viene adoptando al enjuiciar supuestos similares al que ahora nos ocupa. Debe resaltarse que la parte apelante no cuestiona que la normativa urbanística aplicable en el presente caso autoriza la construcción en el edificio litigioso de las plantas de que se trata. Siendo esto así, no puede ser procedente la demolición de dichas plantas pues ningún sentido tendría dicha demolición si posteriormente se puede autorizar la elevación del edificio en cuestión en la forma en que se ha realizado a través de las obras litigiosas. Es por ello por lo que hay que entender, como ya se ha indicado, que el mero transcurso del plazo de dos meses previsto en el artículo 184 de la Ley del Suelo de 1976 no determina la demolición de las obras de que se trate si resulta de las actuaciones que dichas obras son legalizables.» (*Sentencia de 21 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1454.*)

XI. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Ambito.*

1. *Es competente para conocer las reclamaciones contra decisiones de los grupos políticos en que se organizan las Corporaciones Locales.*

Vid. V. ADMINISTRACIÓN LOCAL. A). (*Sentencia de 8 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 991.*)

2. *El orden contencioso-administrativo no es competente para conocer de un recurso contra la denegación de una subvención administrativa a las centrales sindicales. Por afectar al derecho a la libertad sindical, el litigio corresponde al orden jurisdiccional social.*

«En el presente recurso y dentro del ámbito que le es propio a la Ley 62/1978, de 26 diciembre, bajo cuyo amparo ha sido formulado —según viene literalmente expuesto en el F. 1.º de la sentencia recurrida—, se suscita el especial contraste de constitucionalidad de la denegación presunta, por silencio administrativo, ante la petición formulada por la hoy recurrente (la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios), con fecha 1 de febrero de 1991, de serle abonadas 1.294.000 pesetas en concepto de participación en el crédito presupuestario de la Junta, de 20.000.000 de pesetas para 'Centrales Sindicales', así como las RR. de la Consejería de Economía y Hacienda que lo repartió únicamente entre los Sindicatos UGT y CC.OO., denunciando que tal hecho viola el derecho fundamental de la libertad sindical garantizado en el artículo 28 de la Constitución, frente a lo cual la Administración demandada solamente opuso las excepciones de falta de jurisdicción de esta Sala y la de extemporaneidad del recurso...»

Rechaza la Sala de instancia las dos excepciones procesales de incompetencia de jurisdicción y extemporaneidad del recurso y, en cuanto al fondo de la pretensión, estima la demanda, apreciando que "la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Extremadura ha incurrido, al repartir la subvención sindical presupuestada, en la Ley de tal carácter para el ejercicio de 1990, produjo una indirecta presión sobre el movimiento sindical por marginar a la Central recurrente, y con ello ha atentado contra su libertad".

El recurso de apelación instado por la Junta de Extremadura reduce las alegaciones en las que basa la pretensión revocatoria de la sentencia impugnada a la incompetencia de jurisdicción y a la extemporaneidad del recurso, las cuales son determinantes del objeto y límites del debate contradictorio de la presente apelación. Por imperativo de lógica procesal, hemos de conceder atención prioritaria al problema de jurisdicción planteado.

Respecto al punto concreto de la jurisdicción, la sentencia de instancia contiene una muy escueta motivación, ciñéndose a la declaración de que "el derecho a la libertad sindical obviamente puede ser hipotéticamente atacado desde muy diferentes campos, como son el de la actividad privada o la empresarial o la actividad administrativa, cuyos orígenes determinan la jurisdicción correspondiente, de modo que al provenir el acto impugnado de una Jurisdicción Pública, su consecuencia es hallarse adecuadamente instalado en la de esta Sala conforme ampara el artículo 1 de su Ley Reguladora" (F. 2.º).

La LO 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que comprende en su ámbito de aplicación tanto a los trabajadores que son parte de una relación laboral como a quienes lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.2), determina en su artículo 13 que cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada podrá recabar la tutela del derecho *ante la jurisdicción competente*, a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Esta última alusión al "proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", clara referencia al marco jurídico de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, podría sugerir la idea de exclusión del orden jurisdiccional social en el enjuiciamiento de los conflictos de aquella naturaleza, teniendo en cuenta que la citada Ley 62/1978 reduce formalmente los cauces procesales de protección a los órdenes jurisdiccionales penal, contencioso-administrativo y civil.

Sin embargo, la referencia procedimental citada del artículo 13 LOLS no alteró

la distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales ni dejó sin protección la tutela de los derechos de libertad sindical que, como recoge en sus alegaciones la parte apelante, debía discurrir por los cauces del procedimiento laboral, según reiteradamente vino a precisar el Tribunal Constitucional (por todas, STC 6/1988, de 21 enero [RTC 1986, 6]).

En la normativa vigente, el cauce procesal para las pretensiones que versen sobre los derechos de libertad sindical tiene reconocimiento específico en el Título II, Capítulo XI, de la Ley de Procedimiento Laboral (RD Leg. 521/1990, de 27 abril), en donde se declara que “cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados los derechos de libertad sindical podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social” (art. 174.1).

El precepto citado nos remite a las disposiciones reguladoras de los límites competenciales del orden social que están contenidas en el artículo 9.5 LOPJ y artículos 1 a 3 LPL.

En este análisis, es punto de partida obligado recordar, en parangón con la STC 224/1993, de 1 julio (RTC 1993, 224), que el texto del artículo 122.1 CE (“Constitución” de los Juzgados y Tribunales) sujeta a la reserva de ley orgánica, “como mínimo... la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso”; requisito que aparece cumplido en las diferentes definiciones contenidas en el artículo 9 LOPJ; que, “sin perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada *in abstracto* por el Legislador orgánico, cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes”; y que en la colaboración entre la ley ordinaria y la orgánica, “la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución resultan indisponibles para el legislador ordinario (...), de modo que la ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente, o contradecir, el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica” (F. 3).

En el caso que estamos analizando el juicio de contraste anteriormente enunciado puede tener que decantarse en dos escalones sucesivos: la concordancia entre la ley ordinaria (Ley de Bases 88/1989, de 12 abril) y la ley orgánica (LO 6/1985, de 1 julio); y la acomodación del decreto legislativo (RD Leg. 521/1990, de 27 abril) a la ley ordinaria delegante, cuya verificación puede ser realizada por este Tribunal con plenitud de jurisdicción (cfr. STC 47/1984, de 4 abril [RTC 1984, 47]).

Por lo que aquí interesa, y sin mayores disquisiciones, una vez constatada la suma ambigüedad del campo reservado por la ley al orden jurisdiccional social, como referido a “las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho...” (art. 9.5 LOPJ), no vemos dificultad en admitir que la problemática sindical forma parte integrante de dicho acotado conceptual, históricamente conectado con el de la “cuestión social”, tan íntimamente vinculada al nacimiento y actividad de los sindicatos y el reconocimiento de los derechos sindicales. De ahí que a la inclusión del apartado k) del artículo 2 LPL, asignando a los órganos jurisdiccionales del orden social las cuestiones litigiosas “sobre tutela de los derechos de libertad sindical”, deba atribuirse carácter meramente explicativo y no innovador. En la definición genérica de la “rama social del Derecho” del artículo 9.5 LOPJ debe entenderse comprendida, como hemos dicho, la materia sindical. Consiguientemente, la ordenación del procedimiento especial de tutela de los derechos de libertad sindical (base 30.^a), así como la excepción del orden social, exclusivamente constreñida a las pretensiones que versen sobre “tutela de los derechos de libertad sindical relativas a los funcionarios públicos...” (Base 1.^a), incorporado a la Ley de Bases 88/1989, corroboran que el legislador ordinario se mantiene en estricta concordancia con los postulados de la LOPJ, restando solamente analizar la justificación y alcance de dicha excepción referida a los funcionarios públicos y asimilados, que no pueden tener otra connotación que la de clarificación de las fronteras con el orden contencioso-administrativo.

Avanzando en las anteriores reflexiones, llegamos a la conclusión de que la aplicación de la excepción del artículo 2.k) LPL debe realizarse siguiendo un criterio restrictivo. Ello se justifica, de una parte, por la vocación omnicomprendiva del asociacionismo sindical, integrando en su seno a la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena —públicos o privados, estatutarios o laborales—, y renuente a su fragmentación en área tan significativa como la resolución jurisdiccional de los conflictos. Por otro lado, su carácter de excepción a la regla general de atribución de competencia al orden social reafirma, por su propia naturaleza, la interpretación restrictiva. Siguiendo esta inspiración, entendemos que la cuestión litigiosa excluida en la ley requiere —art. 3.c)—, subjetivamente, que se trate de organización profesional exclusivamente constituida por funcionarios y asimilados y representativa de intereses específicos de dicho personal, y, objetivamente, que el conflicto se haya generado intramuros de la función pública y en torno al ejercicio de los derechos sindicales en dicho ámbito.

Entrando ya en las circunstancias del caso concreto hay que hacer las siguientes precisiones: 1) En el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Extremadura correspondiente al ejercicio de 1990, figura en el Capítulo 4 (Transferencias corrientes), artículo 48 (A familias e instituciones sin fines de lucro), la partida 480-611-01 (Centrales Sindicales), dotada con veinte millones de pesetas. 2) A tenor de la normativa sobre aplicación de subvenciones y teniendo en cuenta los resultados publicados y porcentajes obtenidos en el ámbito de la región extremeña en las últimas elecciones sindicales, la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de dicha Comunidad acordó distribuir la totalidad de la subvención entre la Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CC.OO.). 3) Mediante escrito de 1 de febrero de 1991 la organización sindical apelada (CSIF) solicitó a la mencionada Consejería el abono con cargo a dicho concepto presupuestario de la cantidad de 1.294.000 pesetas que, según su cálculo, era la parte proporcional de la subvención a que tenía derecho en función del número de representantes obtenidos en las últimas elecciones. 4) La denegación presunta de la mencionada petición motivó la reclamación en sede jurisdiccional de la que deriva el presente recurso de apelación.

La subvención anteriormente reseñada (cuyo análisis de legalidad presupuestaria es ajeno a esta *litis*) se establece en forma abstracta y bajo la rúbrica genérica de "Centrales Sindicales", sin particular enunciación de los fines a los que aquélla se destina. La organización sindical CSIF, si bien desarrolla básicamente su actividad en las áreas de la Función Pública y como entidad representativa de funcionarios, según reflejan sus propias siglas, extiende también su proselitismo al personal laboral y así lo acreditan los resúmenes numéricos de sus representantes electivos aportados a los autos. La petición formulada por CSIF ante la Administración no está cursada en tanto que sindicato de funcionarios o justificada por la defensa de intereses específicos funcionariales, sino invocando exclusivamente la condición de organización sindical que cuenta con un número determinado de representantes electivos y reivindica el derecho —en igualdad de condiciones con las Centrales Sindicales UGT y CC.OO.— a participar de la citada subvención presupuestaria.

No ofrece duda que la disposición de gastos y ordenación de pagos, la realización del programa de ayudas y subvenciones públicas y, en general, cuantas operaciones conciernen a la ejecución del presupuesto son actividades típicas de órganos administrativos que desempeñan su cometido con arreglo a normas de Derecho administrativo y, en este sentido, marcan un límite negativo al conocimiento del orden social, del que se excluyen —conforme al artículo 3.a) LPL, en concordancia con el artículo 9.4 LOPJ— las pretensiones que versen sobre impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral.

Sin embargo, atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto, se ha de tener en cuenta que la "cuestión litigiosa" se enmarca en unas coordenadas muy precisas. La pretensión acogida positivamente por la Administración desemboca en definitiva en la ejecución de un concepto presupuestario, pero de modo inmediato se materializa en el ejercicio de un derecho sindical, cuyo contenido consiste en exi-

gir la CSIF el no ser discriminada respecto a otras organizaciones sindicales que participen de la mencionada subvención presupuestaria. El problema, pues, aun operando en definitiva sobre la ejecución de un concepto presupuestario que, en sí mismo, requiere una actividad sujeta al Derecho administrativo, en el caso concreto se plantea bajo los auspicios del derecho sindical, contrayéndose a dilucidar —desde ese mismo ángulo del derecho sindical— la posición relativa de las distintas organizaciones en el reparto equitativo de prestaciones públicas de la Comunidad que tienen como destinatarios a las Centrales Sindicales. Así las cosas, a los conceptos inicialmente relacionados (no cualificación de los fines de la subvención presupuestaria, ni de las Centrales Sindicales beneficiarias) hay que añadir “*el área jurídica*” sobre la que el acto presunto incide (libertad sindical), punto de conexión decisivo conforme a la doctrina establecida por la Sala Especial de Conflictos de Competencia en su Sentencia de 28 marzo 1990 (RJ 1993, 398), que ha inspirado resoluciones en la misma línea de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo (v. gr., SSTS 4.ª, de 26 octubre 1991 y 14 diciembre 1992) y que en este caso lleva a reconocer competencia al orden social.

La declaración de incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por entender que la cuestión litigiosa concierne al orden social, comporta la estimación del recurso de apelación de la Junta de Extremadura en este punto concreto e impide entrar en el enjuiciamiento del segundo motivo, concerniente a la supuesta extemporaneidad de interposición del recurso contencioso-administrativo; debiendo concederse a la parte apelada (demandante en la instancia) el plazo de treinta días, a partir de la notificación de esta sentencia, para que pueda acudir al órgano competente del orden social ejercitando las acciones que estime pertinentes en defensa de sus derechos.» (*Sentencia de 8 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 990.*)

3. *Ambito de la jurisdicción. Se establece en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La ley ordinaria no puede contradecir el orden establecido en la ley orgánica. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.*

«Por la representación legal de don Alfonso R. A. se impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 13 julio 1989 que desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución de la Presidencia del Instituto Andaluz de Reforma Agraria de 1 septiembre 1986 y la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, fijando el justiprecio de la finca expropiada “El Bascón” de 17.760 ha, tras expediente expropiatorio número 25 de la zona regable Genil-Cabra, en la cantidad de 8.831.773 pesetas más el 5% del premio de afección.

La representación de la Consejería de la Junta de Andalucía planteó en la contestación a la demanda la inadmisibilidad del recurso, por incompetencia de jurisdicción, en aplicación de lo previsto en los artículos 114.1 y 249 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado por Decreto 118/1973, de 12 enero, al establecer contra el acto administrativo de la Consejería de Agricultura y Pesca el llamado recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y si bien tal cuestión no ha sido reproducida por la parte apelada en esta instancia, dado el contenido de la Providencia de esta Sala de 16 de enero de 1992 sobre conflicto de competencias, no menos que el evidente interés e importancia de tal cuestión, parece procedente analizar la cuestionada competencia de esta Sala para el enjuiciamiento de la problemática de fondo planteada.

El artículo 249 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero 1973 determina que el recurso de revisión regulado en el precepto debe ser conocido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la que también atribuye competencia con

respecto al recurso análogo mencionado en el artículo 114 del mismo cuerpo legal, para impugnar acuerdos sobre justiprecio, pago y toma de posesión, con relación a expropiación de fincas comprendidas en zonas afectadas por planes de transformación que hubieran sido declarados de interés nacional, si bien el inciso final de la disposición derogatoria de la Ley 7/1989, de 12 abril, de Bases de Procedimiento Laboral, atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de revisión previstos en el artículo 114 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Pero el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que los Tribunales y Juzgados del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo, mientras que los del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, y los del orden social, de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia número 224/1993, de 1 julio (RTC 1993, 224), ha mantenido que siendo en principio correcto que una ley ordinaria atribuya a un determinado orden jurisdiccional el conocimiento de asuntos concretos, integrando así los genéricamente enunciados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, no obstante resultan indisponibles para el legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas —reserva reforzada instituida por la Constitución en su artículo 81.2—, de modo que la Ley Ordinaria no pueda contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica. La disposición derogatoria de la Ley 7/1989 atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el conocimiento de un recurso deducido frente a un acto de una Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, como es el Acuerdo que adopta el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario confirmado en alzada por Ministerio de Agricultura —o el órgano autonómico en quien se haya delegado tal competencia, como en este caso la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía— a efectos de justiprecio, pago y toma de posesión de la finca expropiada —art. 114 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario—, atribución que se realiza no obstante el tenor literal del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que prescribe la asignación de tales actos al ámbito del control jurisdiccional ejercido por los órganos del orden contencioso-administrativo; un ámbito, a su vez, constitucionalmente reservado a tales órganos no sólo por determinarlo así la Ley a la que se remite el artículo 122.1 de la Constitución, sino también en los supuestos en que las Comunidades Autónomas hayan asumido en su territorio las competencias del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, por exigirlo el artículo 153.c) de la propia Constitución.

Al atribuir el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la impugnación de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo, al legislador ordinario le está vedado, so pena de infringir el artículo 81.2 de la Constitución, de traer del conocimiento de esos órganos el recurso instituido para reaccionar contra actos que son típicamente administrativos en razón de su naturaleza y origen.

Lo mismo cabe predicar respecto de la atribución del artículo 114 en relación al artículo 249 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de tal competencia a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dado el carácter preconstitucional de tal normativa que es también anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Todo lo expuesto conduce inequívocamente a la conclusión que del recurso aquí planteado corresponde su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como se ha efectuado.» (*Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1791.*)

B) *Interposición. Lugar de presentación. Juzgado de Guardia. Cómputo de los plazos.*

«En el presente caso la Sala *a quo* ha declarado la inadmisibilidad del recurso por caducidad del plazo de interposición. El plazo de interposición del recurso venía el 18 de septiembre de 1990. La parte apelante presentó el escrito de interposición de su recurso en el Juzgado de Guardia de la misma Palma de Mallorca a las diecinueve horas del día 17 de septiembre, según consta en la diligencia correspondiente, siéndole admitido y remitiéndose a la Sala de lo Contencioso, donde se acreditó su recepción por diligencia de 21 de septiembre siguiente. Entendió la Sala, en las resoluciones impugnadas en esta apelación, que la parte recurrente había hecho un uso indebido del servicio de urgencia, por hacerlo en el penúltimo día del plazo y que por ello la fecha a tener en cuenta debía ser la de entrada efectiva del escrito en la sede del órgano jurisdiccional (21 de septiembre), lo que comportaba la inadmisibilidad del recurso por caducidad del plazo de interposición.

Resulta que la obligatoriedad de presentación de escritos en el Juzgado de Guardia, "si para su presentación existe plazo perentorio que venza el día en que se haga", sólo aparece exigida formalmente en el punto 12 de una disposición reglamentaria (Orden Ministerial 19 junio 1974), que es la única norma que ha invocado el auto recurrido para estimar la caducidad del plazo. Pero dicha Orden Ministerial sólo se refiere estrictamente a la prestación del servicio de guardia en los Juzgados de Instrucción de Madrid y Barcelona, debiéndose acudir a la Orden Ministerial 4 octubre 1984 para la regulación de la prestación del servicio en las ciudades con más de 10 Juzgados de Instrucción, sin que en esta última disposición se encuentre norma que expresamente extienda el punto 12 de la Orden 19 junio 1974 a otras ciudades distintas de las de Madrid o Barcelona, ni tampoco se aduzca la existencia de reglas específicas para el Servicio de Guardia en la ciudad de Palma de Mallorca que debieran ser conocidas en forma inexcusable por la representación procesal de la parte demandante y por su dirección técnica.

En tal estado de cosas la declaración de inadmisibilidad aquí recurrida debe ser revocada, al valorar la irregularidad en que incurrió la parte hoy apelante desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable en que se nos presenta (art. 24.1 CE). Desde tal perspectiva debe reconocerse: a) Que el escrito de interposición fue presentado ante un órgano de la Administración de Justicia de la misma ciudad del órgano jurisdiccional dentro del plazo legalmente establecido, extremo plenamente acreditado con fe pública judicial a efectos del artículo 283.1 de la LOPJ; b) Que dicho escrito no fue rechazado por el Servicio de Guardia, siendo de subrayar que el rechazo de documento inidóneo —que no causa indefensión alguna (Auto del Tribunal Constitucional 57/1983, de 16 febrero)— habría permitido en este caso a la representación del recurrente presentar su escrito —correctamente— el último día del plazo en la sede y local del órgano jurisdiccional, y c) Que la negación de eficacia a la presentación del escrito en el servicio de guardia se apoya en una Orden Ministerial de no clara aplicación a la ciudad de Palma de Mallorca, siendo de destacar que una aplicación rigurosa y estricta de la referida Orden también podría llevar a la interpretación —sin duda de imposible realización en la práctica— de que la distribución y reparto del asunto no rechazado por el servicio de guardia se debería haber producido antes de medio día del 18 de septiembre (en aplicación del punto 13 de la Orden citada), con lo cual se habría llegado a una recepción dentro de plazo del escrito de interposición. A la luz de todas estas consideraciones la Sala aprecia que la inadmisibilidad del recurso apreciada de oficio por la Sala *a quo* es desproporcionada y contraria al derecho a una tutela judicial efectiva de la Entidad recurrente (art. 24.1 CE). Procede por ello dar lugar al recurso y, con revocación del auto apelado, ordenar a la Sala de Palma de Mallorca que prosiga la sustanciación del recurso, sin considerarlo inadmisibile por caducidad del plazo de interposición.» (Auto de 27 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 1291.)

C) Carácter revisor. El Tribunal no puede sustituir la decisión técnica de la Administración.

«Llegados a la conclusión de que es nulo el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 21 mayo, también ha de anularse, por razones de fondo, el Decreto posterior que lo confirma en reposición, sin que sea necesario entrar a examinar si el Alcalde era o no el competente para tal resolución. Sin embargo, lo que no podemos acoger es la segunda pretensión del demandante, esto es, que declaramos su derecho a la adquisición de la parcela. El actor basa tal pretensión en su mayor colindancia (17,90 metros, frente a 4,60 de la adjudicataria) y en la posición de su propiedad respecto de la parcela, así como en las ventanas y puerta que a ella abren. Pero, sin entrar en absoluto en el fundamento de tales argumentaciones, lo que resulta evidente es que, si nosotros nos pronunciásemos ahora en favor de una supuesta mayor racionalidad, desde el punto de vista de la ordenación del suelo, de la adjudicación al demandante, estaríamos incurriendo en un vicio idéntico al que imputamos al Ayuntamiento demandante, ya que estaríamos decidiendo sobre el fondo de una cuestión eminentemente técnica sin un previo y preceptivo dictamen de esta naturaleza, y sustituyendo, de modo inaceptable e incompatible con nuestra posición constitucional, una decisión municipal que ha de fundarse en una discrecionalidad técnica (por supuesto revisable, pero ésa no es la cuestión) por nuestra propia discrecionalidad que, sin criterio técnico en que basarse, sólo se fundaría en un mero voluntarismo. En cuanto a la pretensión subsidiaria, la entendemos incluida en la estimación de la pretensión anulatoria principal.» (*Sentencia de 25 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 499.*)

D) Lesividad. Requisitos para la admisibilidad del recurso. No debe enjuiciarse en este momento procesal la existencia o no de lesividad. Supuestos en que proceda el ejercicio de la acción.

«Cuando la Administración autora de algún acto pretende demandar ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo su anulación, dando lugar así al llamado proceso de lesividad, desordenadamente regulado en los artículos 28.1 y 3, 30.2, 56, 57.4, 58.4, 60, antiguo 64, 65, 83 y 84 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como presupuesto procesal objetivo relativo al objeto litigioso y al trámite previo, ha de cumplir el requisito de la declaración de lesividad, la falta del cual o la de alguno de sus requisitos previos provoca la inadmisibilidad del recurso, ya de oficio, ya a instancia de parte, dada su naturaleza de requisito previo (arts. 56 de la citada Ley y 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y su analogía con el caso previsto en el artículo 82.e) de la misma Ley Jurisdiccional. Mas sólo la de sus requisitos formales, es decir, que se haya hecho por el órgano administrativo con atribuciones para ello, que el acto sea de los que pueden declararse lesivos, que lo sea por serlo a los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza, y que se produzca en el lugar, forma y tiempo oportunos, este último referido a dentro de los cuatro años siguientes al dictado del acto, sin que respecto del tercero de ellos quepa profundizar en dicho trámite de admisión si el acto es en verdad lesivo o no lesivo, bastando con que así haya sido declarado para que se entienda cumplido el presupuesto y el Tribunal pueda entrar a conocer si en realidad existe lesión y, en consecuencia, el acto pueda ser anulado.

Por ello, y como quiera que la concurrencia del resto de los requisitos es incontestable, y que el Ayuntamiento de El Gordo ha declarado al meritado contrato de arrendamiento en su Acuerdo de 6 septiembre 1989 lesivo para el interés público municipal, resulta a todas luces improcedente la inadmisibilidad decretada por la Sala de Extremadura al basarse en motivos de fondo de la propia lesividad y no en

la inconcurrencia en ella de sus requisitos formales, y procedente entrar en el examen de la eficacia o ineficacia del contrato mismo.

La Ley de Procedimiento Administrativo establece en sus artículos 109, 110.2 y 110.1, éste completado con lo dispuesto en el artículo 56 de la antes citada Ley Jurisdiccional, tres distintos medios para que la Administración pueda proceder de oficio a la revisión de sus actos: la revisión de los actos nulos de pleno derecho conforme al artículo 47 de la misma Ley, la revisión de los actos anulables declarativos de derechos que infrinjan manifiestamente la Ley, y la revisión de estos mismos actos en los demás casos, las dos primeras a actuar por la propia administración, si plazo alguno la primera y con el de cuatro años la segunda, y ambas supeditadas al dictamen favorable del Consejo de Estado, y la última a efectuar por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo previa la oportuna declaración de lesividad y la posterior impugnación ante ellos. Mas sin que esto pueda conducirnos a la afirmación de que cuando la Administración se encuentre en el primero o en el segundo de los casos haya de seguir necesariamente los procedimientos en ellos reglados, ya que éstos, cual la locución verbal "podrán" empleada en ambos denota, son facultades de prerrogativa de la Administración, las que nada obstan a que se renuncien por ella, sometiéndose la misma a los Tribunales para obtener la declaración de nulidad de sus actos o la anulabilidad de los que infrinjan manifiestamente la Ley en prevención de que únicamente se dé una infracción simple del Ordenamiento Jurídico, lo que constituirá, por otra parte, una mayor garantía para los administrados destinatarios de la revocación, a la vez que una más cómoda postura para los mismos, quienes en lugar de verse desposeídos de un derecho y tener que impetrar jurisdiccionalmente su restablecimiento en él, defenderán como demandados su persistencia en un proceso promovido por la Administración. Posibilidad ésta que nos conduce a que mientras que en los de postularse una nulidad de pleno derecho o una nulidad relativa por infracción manifiesta de la Ley en el proceso de lesividad, bastará con demostrar la concurrencia de la nulidad radical o de la nulidad relativa por infracción manifiesta de la Ley para el éxito del mismo, cuando en él se pretenda una anulación por lesividad habrá de acreditarse para la procedencia la lesividad en sí; ahora bien, teniendo en cuenta que en la actualidad ha desaparecido la exigencia del requisito de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como este Tribunal ha declarado en sus Sentencias de 14 marzo 1980 (RJ 1980, 2190) y 22 enero 1988 (RJ 1988, 326).» (*Sentencia de 28 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1465.*)

E) Recurso de casación. Cuestión de personal y función pública. Delimitación de los conceptos a efectos casacionales.

«El recurrente en queja impugna en ella la apreciación del Tribunal *a quo*, que, calificando la cuestión objeto del proceso como cuestión de personal, entendió que la sentencia no era recurrible en casación. Tal apreciación es compartible por esta Sala, pues la resolución, aceptando la propuesta de la Comisión que juzgó las pruebas de idoneidad para acceso a la categoría del profesor titular de Universidad, y en cuya propuesta no se incluyó al recurrente, es merecedora de dicha calificación genérica de cuestión de personal, ya que el ingreso en la Administración Pública es cuestión atinente al estatuto funcional. Y siendo tal la calificación procedente la sentencia es irrecurrible, conforme a lo dispuesto en el artículo 93.2.a) de nuestra Ley Jurisdiccional.

Los argumentos impugnatorios del recurrente se mueven en un doble plano: por una parte, centrando la calificación no en la índole del objeto del proceso, establecida en función del acto recurrido, sino en la del vicio que se impugna a ese acto; y,

por otra, en negar su condición de funcionario público, sobre la base de identificar los conceptos de cuestión de personal y de proceso referido a funcionarios. Ambos planteamientos son rechazables. El primero, porque es la índole del acto recurrido la que debe ser atendida para hacer la calificación cuestionada, independientemente de que los vicios que se imputan a aquél puedan ser unos u otros. Y el segundo, porque el concepto de "cuestión de personal" es más amplio que el concepto de "cuestión afectante a funcionarios públicos", siendo susceptible de abarcar, aparte de los concernientes a los funcionarios *stricto sensu*, las alusivas a otras relaciones de empleo al servicio de la Administración, sea cual sea el momento en que respecto a esa relación de empleo se suscita el litigio (en el momento de selección del aspirante, a lo largo de la relación constituida o en su momento extintivo), o la naturaleza jurídica de esa relación de empleo (laboral, de contratado administrativo, de interinidad de funcionario, *stricto sensu*).» (Sentencia de 28 de enero de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 425.)

XII. RESPONSABILIDAD

A) *Imputabilidad. Se declara la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la denegación, por acuerdo municipal, de una licencia de obras, ya que tal denegación, luego anulada, se basó únicamente en el informe desfavorable emitido por el Ministerio de Cultura.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Por la representación de don Ceferino M. C. y de don Francisco M. A. se recurre en vía contencioso-administrativa ante la Sala que sentencia, contra los Acuerdos del Consejo de Ministros de 4 mayo y 28 diciembre 1990, desestimatorio este último del recurso de reposición deducido frente al primero, que denegó la reclamación de daños y perjuicios por ellos formulada, que en la demanda basan en los fundamentos de derecho contenidos en el dictamen del Consejo de Estado del que después se hará mérito (arts. 106.2 de la Constitución y 40 de la LRJAE, de 26-7-1957, y arts. 121 y 122 de la LEF), al no poder edificar en un solar de su propiedad, situado en Granada, en la calle actualmente Paseo de Ronda, como consecuencia de la resolución de a la sazón Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas que acogió el informe emitido por la Comisión de Protección del Patrimonio Histórico-Artístico, que consideró improcedente el proyecto de construcción de un edificio enclavado en la confluencia del Camino de Ronda con la calle Alondra, posteriormente Carrero Blanco, en la actualidad Paseo de Ronda, en Granada, para el que se solicitaran en el año 1977 del Ayuntamiento de Granada, los aquí recurrentes, la oportuna licencia de obras con arreglo al proyecto básico, que visado por el Colegio de Arquitectos de Granada, se ajustaba a las condiciones urbanísticas y de edificabilidad conferidas al solar que se intentaba edificar, por el Plan General de Ordenación Urbana de la Ciudad de Granada de 29-1-1973, que era el aplicable al mentado solar en la fecha en la que se solicitó la aludida licencia de obras, obedeciendo la no concesión de la pretendida licencia "única y exclusivamente al informe que emite la Comisión de Protección del Patrimonio Histórico-Artístico en sentido negativo a dicho proyecto", como declara la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4-2-1984, sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo en el que por don Francisco M. A. y don Ceferino M. C. se impugnaba la Resolución de la Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas de 19-12-1980 y la confirmatoria de la misma del Ministerio de Cultura de 8-4-1981, que denegaron autorización al proyecto de

construcción de las obras de referencia, dicha sentencia anuló las precitadas resoluciones "declarando el derecho del recurrente a la aprobación del proyecto presentado en el solar de la calle Carrero Blanco número 1 de la Ciudad de Granada", sentencia que recurrida en apelación fue confirmada por la de este Tribunal de 20-3-1987 (RJ 1987, 1977).

Estos hechos, aunados a que en el nuevo Plan de Ordenación Urbana de Granada, aprobado el 24-1-1985, se modifica la clasificación urbanística atribuida al solar en cuestión, calificándolo de Equipamiento Comunitario de carácter extensivo, llevó a los señores M. A. y M. C. a peticionar del Ministerio de Cultura, Dirección General de Bellas Artes, 74.764.200 pesetas, como indemnización de los beneficios que estimaban se lograrían con la venta de las viviendas y locales que se podrían construir en el referido solar, cuando solicitaron la licencia de obras; petición de indemnización que consultada al Consejo de Estado fue por su Comisión Permanente dictaminada favorablemente, si bien estimaba que la indemnización debía cuantificarse en la forma que se expone en el cuerpo de su dictamen de 14-9-1989, dictamen que al disentir de él el Excmo. Sr. Ministro de Cultura, condujo, de conformidad a lo dispuesto en el número 5.º del artículo 2.º de la LO 3/1980, a que tal petición indemnizatoria fuese resuelta por el Consejo de Ministros, que en los acuerdos impugnados en el recurso que se enjuicia denegó la indemnización de daños y perjuicios formulada por don Ceferino M. C. y don Francisco M. A., acogiendo como fundamentos de la denegación los contenidos en el voto particular que se produjo frente al dictamen mayoritariamente emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, a que antes se hizo referencia.

Las razones que tuvieron en cuenta la mayoría de los Consejeros de la Comisión Permanente del Consejo de Estado para en el dictamen recaído en el Asunto número 53468/51263/50977 llegase a la conclusión de que procedía indemnizar a don Ceferino M. C. y a don Francisco M. A. por los daños y perjuicios que les produjo la no obtención de la licencia para construir, en el meritado solar, sito en la calle Carrero Blanco, actualmente Camino de Ronda, en Granada, a consecuencia del Acuerdo dictado por la Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas de 19-12-1980, confirmado por el del Ministerio de Cultura de 8-4-1981, fue el que tales acuerdos fueron declarados nulos por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4-2-1984, confirmada por la del Tribunal Supremo de 20-3-1987, que reconoció explícitamente el derecho de los aquí recurrentes a que se aprobara el proyecto de obras por ellos presentado en el Ayuntamiento de Granada, para construir una edificación con las características que en él se contienen, en la calle de Carrero Blanco, en Granada, evidenciando por tanto el anormal funcionamiento de la Dirección General de Bellas Artes al oponerse al mencionado proyecto, que no puede realizarse en la actualidad, al haberse modificado el planeamiento urbanístico de la zona, habida cuenta que, según informa el Ayuntamiento de Granada, en la fecha en la que se presentó la solicitud de licencia de obras —14-12-1977— "estaba vigente en Granada el Plan Comarcal de Granada que para el solar en cuestión, los parámetros urbanísticos eran: zona 3-b-ensanche actual, subzona bloque abierto, altura 6 plantas, ocupación del suelo 8 m³/m²; el Plan Parcial G-1 mantenía estos aprovechamientos; que actualmente está vigente el Plan General de Ordenación de 24-1-1985 que establece, para el solar de que se trata, los siguientes parámetros: Clasificación del suelo: urbano consolidado; calificación equipamiento comunitario de carácter extensivo sin especificar; incorporación en la Unidad de Actuación 709, que tiene como objetivo la obtención de un espacio libre-zona verde; edificabilidad pormenorizada: 0,5 m³/m² sobre parcela bruta; sistema de actuación: expropiación forzosa; la diferencia de edificabilidad entre el plan anterior y plan nuevo (que explica fijando los datos) es de 3.603,07 m² construidos".

Los anteriores hechos ponen de manifiesto una relación de causa efecto entre el anormal funcionamiento de la Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas al oponerse a la concesión de una licencia de obras que era conforme al planeamiento cuando se solicitó, y la lesión alegada por don Francisco M. A. y don Ce-

ferino M. C., por no poder edificar la construcción proyectada en la calle Carrero Blanco número 1 en Granada, al oponerse a ello la Dirección General de Bellas Artes en el Acuerdo que, confirmado por el Ministerio de Cultura, fue declarado nulo por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, confirmada por la de este Tribunal, a las que antes se hizo mérito, por no ser conformes a Derecho; sin que las alegaciones que aduce el señor Abogado del Estado, al contestar la demanda rectora del recurso que nos ocupa, desvirtúen la anterior conclusión.» (*Sentencia de 21 de diciembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9410.*)

B) Relación de causalidad. *La Administración debe indemnizar los daños derivados de la denegación, correcta, de pensión de jubilación al ciudadano que causó baja en la empresa a consecuencia de la información errónea facilitada por la propia Administración en el sentido de que sí tenía derecho a la jubilación anticipada. La decisión adoptada por el particular no rompe el nexo causal.*

«La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo que los informes suministrados por la Administración a instancia de los propios interesados o las respuestas a consultas planteadas por los mismos, tienen el carácter de trámite meramente informativo y, por consiguiente, carecen de entidad para vincular a la Administración informante, ni confieren a quienes los reciben derecho concreto alguno, constituyendo tan sólo elementos de asesoramiento o de juicio valorables discrecionalmente por la misma al pronunciarse decisoriamente sobre el particular, como sostienen, entre otras, las Sentencias de 13 mayo 1981, 27 noviembre 1984, etc. La anterior doctrina hace que resulte ajustada a derecho la resolución denegatoria de la jubilación adelantada, como declaró la jurisprudencia del orden social, independientemente del contenido del informe de 1981. Los argumentos utilizados por la Administración demandada relativos a que la obligación de las Entidades Gestoras procede de la ley y no del contrato y a que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento son predicables respecto de la denegación de la jubilación anticipada por cuanto, independientemente del error o ignorancia y de la información recibida por el actor, se acuerda la denegación por exigir la normativa vigente que el interesado se encontrara afiliado a la Seguridad Social el 1 de enero de 1967, requisito que no concurría en el demandante. Es decir, no se discute ahora, ni siquiera lo alega el actor el 5 de noviembre de 1981, le causó a éste algún daño y si éste es indemnizable, siendo indiferente que el derecho a la pensión provenga o no de la ley y que el actor desconociera los requisitos legales para conseguir la jubilación pretendida.

No obstante lo dicho anteriormente y consultas, el Tribunal Supremo viene a admitir que puedan dar lugar a responsabilidad patrimonial del órgano administrativo que evacuó la consulta en un determinado sentido y, posteriormente, modificó su criterio al dictar el propio acto impugnado. Así, la Sentencia de 29 octubre 1982 (RJ 1982, 6463), después de afirmar que las consultas no son verdaderos actos administrativos sino que se encuentran supeditadas a la resolución que en su día se adopte en relación a la solicitud de una licencia y que, por ello, hay una imposibilidad de acceso a la revisión jurisdiccional de las mismas, declara la referida sentencia que la evacuación de las consultas tiene "importantes consecuencias en orden a una responsabilidad del órgano administrativo que evacuó la consulta en un determinado sentido y, posteriormente, modificó su criterio al dictar el propio órgano administrativo, responsabilidad que puede concretarse en una indemnización de daños y perjuicios, exigible a través del cauce correspondiente". En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 noviembre 1984 (RJ 1984, 5756).

Así pues, existiendo la posibilidad de que la evacuación de consultas e informes pueda dar lugar a responsabilidad patrimonial del órgano que los ha dado, procede examinar, a continuación, los requisitos que deben concurrir para que se pueda hacer efectiva tal responsabilidad. La responsabilidad patrimonial de la Administración aparece configurada en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico como una responsabilidad directa y objetiva, que gira en torno al concepto de lesión, entendida como daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, por no existir causas de justificación que lo permitan o impongan, y sin que sea ya necesario para su procedencia el requisito tradicional de la ilicitud o culpa del funcionario. Así pues, basta con que se haya producido una lesión que reúna los requisitos exigidos por la Ley (efectiva, económicamente evaluable, individualizada en relación con una persona o grupo de personas y conectada causalmente con la actividad de la Administración) para que ésta tenga el deber de resarcir, con independencia de que el daño provenga del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, de actuaciones materiales o actos jurídicos, de acciones u omisiones, de actos lícitos o ilícitos, etc. En esta línea cabe citar las Sentencias de 4 y 31 octubre 1978 (RJ 1978, 3319 y 3989), 2 febrero 1980 (RJ 1980, 743), 5 y 23 junio 1981 (RJ 1981, 2550 y 2730) y 20 septiembre 1983 (RJ 1984, 448), al afirmar que "no es posible hoy en nuestro sistema (como pretende la Administración al contestar la demanda) exigir para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios la concurrencia de los requisitos clásicos: realidad del daño, culpa o negligencia y relación de causa a efecto, sino que una exégesis razonable del artículo 40 de la LRJAE en armonía con lo preceptuado por los artículos 121 y concordantes de la LEF, sólo impone, para configurar la responsabilidad, que se acredite: a) la efectiva realidad de un daño...; b) que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...; c) que no se haya producido fuerza mayor".

Aplicando la anterior doctrina al caso examinado, la Sala llega a la conclusión de que concurren la totalidad de los requisitos citados, en cuanto que existe una lesión efectiva, económicamente evaluable, individualizada en relación con una persona y conectada causalmente con la actividad de la Administración. En que hubiera percibido de seguir en activo hasta los sesenta y cinco años de edad; esta lesión es efectiva, por cuanto se produjo la baja, evaluable en dinero para lo que basta multiplicar catorce pagas de 30.000 pesetas por cinco años y, además, la lesión se encuentra individualizada en la persona del actor. Antes de seguir adelante ha de ponerse de relieve lo moderado de la pretensión actora que se limita a hacer su reclamación sin tener en cuenta las subidas salariales anuales. Es con relación al nexo causal donde se puede presentar alguna duda. Es cierto que la información no produjo directamente el cese en la percepción del salario. Sin embargo, también lo es que la información recibida motivó la baja en la empresa como *condictio sine qua non* para solicitar la jubilación adelantada que constituía el deseo del actor. El señor R. B. deseaba la jubilación anticipada a los sesenta años; pidió información acerca de si era posible la realización de su deseo; la Administración, a través del mismo órgano que resultaba competente para la concesión de la jubilación, le informa afirmativamente (diciéndole que tenía derecho) aunque de forma errónea, lo que se comprueba una vez que se había producido el hecho (baja en el trabajo) productor de la lesión, de lo que cabe concluir que esa lesión se encuentra íntimamente conectada con la actividad de la Administración, por cuya razón ha de responder de la misma.» (Sentencia de 10 de febrero de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 878.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS