

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Reglamento*: 1. Procedimiento de elaboración. Audiencia a interesados. Diferencia con el concepto de interesado. 2. Procedimiento de elaboración. Reglamento dictado en ejecución de otro Reglamento. No precisa seguir todos los trámites procedimentales de la Ley de Procedimiento Administrativo. B) *Ordenanza local*. Procedimiento de aprobación. Aplicación del artículo 49 de la Ley 7/1985.—II. ACTOS: Del Gobierno. Fiscalización por la Jurisdicción contencioso-administrativa.—III. CONTRATOS: Concierto educativo. Naturaleza jurídica.—IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) Retasación. Naturaleza. Eficacia de la consignación para evitar el derecho de retasación. B) Expropiación parcial. Distinción del supuesto de carácter antieconómico de la conservación de parte de la finca no expropiada.—V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: Competencias. Espectáculos taurinos. Seguridad pública y cultura.—VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) Grupo municipal. Naturaleza y derechos. B) Control de sus actos. Competencia para la impugnación y poderes de quien materializa el recurso.—VII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: A) Colegios profesionales. Potestad disciplinaria. B) ONCE. Naturaleza.—VIII. ADMINISTRADO: Capacidad de obrar. Se reconoce al menor de edad capacidad testifical.—IX. LIBERTADES: A) Libertad de expresión y televisión por cable. B) Derecho de huelga. Servicios mínimos y comedores escolares. C) Libertad de empresa. Ordenanza Municipal que impone distancias mínimas y otras limitaciones.—X. SEGURIDAD SOCIAL: Concierto. Partes legitimadas. Federación empresarial farmacéutica y Colegio Profesional.—XI. URBANISMO: Gestión: 1. Sistemas generales. Clasificación del suelo a efectos de valor expropiatorio. 2. Junta de Compensación. Naturaleza y régimen jurídico de actuación.—XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) Ambito. Fiscalización de los actos del Gobierno. Nombramiento Fiscal General del Estado. B) Legitimación. Asociación de Fiscales e interés profesional. C) Sentencia: 1. Imposibilidad de ejecución. 2. Inejecución. Necesidad de acreditar suficientemente las causas de imposibilidad de ejecución. D) Recurso de casación: 1. Interpretación del artículo 93.1 de la Ley 10/1992. 2. Recurso fundado en infracción de normas no emanadas de la Comunidad Autónoma que sean relevantes y determinantes del fallo de la Sentencia. E) Recurso de casación en interés de la Ley. Legitimación de Asociaciones empresariales.—XIII. RESPONSABILIDAD: Actos emanados del poder legislativo. Tratado de adhesión a la CEE.

I. FUENTES

A) *Reglamento*.

1. *Procedimiento de elaboración. Audiencia a interesados. Diferencia con el concepto de interesado. Análisis casuístico de la personalidad en relación a la norma en tramitación.*

«A pesar de que, durante la tramitación de este recurso —interpuesto por la representación procesal de la Entidad “Confederación de Industriales Tabaqueros de

Canarias" contra el Real Decreto 192/1988, de 4 marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población—, por venir esta Sección en conocimiento de que en otras de esta misma Sala, por la de la "Federación Nacional de Cultivadores de Tabacos Peninsulares" y por la de la entidad "Verband Cigaretten-Industrie" se habían interpuesto otros recursos con el mismo objeto, se acordó en Proveído de 18 de diciembre de 1990 la acumulación de éstos a aquél, pero, por Autos de 5 noviembre 1991 y 23 enero 1992, se tuvieron por desistidos a dichas recurrentes, y, en consecuencia, en esta sentencia se ha de decidir exclusivamente sobre la pretensión deducida por la en primer lugar citada; pretensión consistente en que se declare la nulidad en su totalidad del Real Decreto impugnado o, subsidiariamente, la de su Disposición Primera número 1, expresamente combatida, por la que literalmente se establece que "todos los cigarrillos que se vendan en el mercado nacional deberán tener el 31 de diciembre de 1992 unos contenidos no superiores a 15 miligramos de alquitrán y 1,3 miligramos de nicotina", conviniendo concretar, como obligado punto de partida, que para justificar aquel primer motivo de nulidad, se alegó haberse omitido en la elaboración de aquél lo dispuesto por el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, preceptivo de que "siempre que sea posible y la índole de la disposición general lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás interesados que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el proyecto"; omisión ésta que, a juicio de la actora, ha sido calificada como esencial, y determinante de la nulidad de la disposición en que incide, por los Tribunales Constitucional y Supremo, principalmente después de que en el artículo 105.a) de la Constitución se dispone que "se regulará por Ley la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley en el proceso de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"; conjunción normativa ésta que, por cierto —y es oportuno observarlo—, no se produce del modo tan absoluto e incondicional con que la recurrente lo invoca, por impedirlo la inequívoca literalidad de los dos artículos que la integran, de la que también debe deducirse con la doctrina científica que, respecto de esa participación ciudadana que se procura, preexistiendo el artículo 130.4 de aquella Ley, la norma constitucional nada añade a lo que ya forma parte de nuestro ordenamiento positivo, por más que —por nuestra parte—, existiendo aquella y ésta, tengamos que interpretarla con el carácter más flexible o progresista a que se refiere la Sentencia de la Sala de Revisión de 19 mayo 1988 (RJ 1988, 5060).

Precisamente, en el dictamen emitido en esta ocasión por el Consejo de Estado se consideraría innecesario examinar siquiera la trascendencia que pudiera tener la omisión a que la actora se refiere; así lo deducimos del hecho de que únicamente se refirió, al tiempo de dar validez al procedimiento de elaboración del Real Decreto, a que había sido recabado el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad; y es que, como resulta de la Sentencia de la Sección Segunda de esta Sala de 11 marzo 1991 (RJ 1991, 2382), "la cuestión de si la decisión administrativa de oír a las entidades a que se refiere el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo es discrecional o imperativa, con la secuela de que su omisión provoque o no la nulidad de pleno derecho de la disposición en cuya elaboración no se adopte tal decisión, ha sido tratada y resuelta por la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que ha unificado criterios divergentes mantenidos por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de dicho Alto Tribunal creando, además, una doctrina ya consolidada", explicando, al respecto, que "las frases del artículo 130.4 de dar oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que ostenten la representación o defensa de intereses generales o corporativos", siempre que sea posible o la índole de la disposición en proyecto lo aconseje, salvo cuando se opongan a ello ra-

zonas de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto, aparecen configuradas como concepto jurídico indeterminado y no permiten margen alguno de discrecionalidad, y aunque una jurisprudencia muy numerosa, plasmada, entre otras, en Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo e, incluso, de 23 septiembre 1989 de la comentada Sala Especial de Revisión, han calificado esa participación corporativa como “facultativa” o de “observancia discrecional” o de “consejo del legislador”, más que de requisito indispensable, existe ya una jurisprudencia más actual y moderna, aunque con precedentes más remotos, contenida en la de las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo de 16 mayo 1972 (RJ 1972, 2971), 22 febrero 1982 (RJ 1982, 8081), 18 diciembre 1985 (RJ 1985, 6539), 21 marzo, 18 abril y 29 diciembre 1986 (RJ 1986, 2321, 2798 y 7187), 28 abril, 7 mayo y 11 julio 1987 (RJ 1987, 2651, 4730, 5504 y 6879), 3 febrero, 23 marzo, 6 abril y 19 mayo 1988 (RJ 1988, 649, 1702, 2660 y 5060), 3 febrero y 14 marzo 1989 y 12 enero, 5 febrero, 7 marzo y 10 mayo 1990 (RJ 1990, 335, 1399, 2516 y 4545) y, sobre todo, en la de la Sala Especial de Revisión de 19 mayo 1988 y en las de 10 mayo, 16 junio, 7 julio, 25 septiembre y 19 octubre 1989 (RJ 1992, 3744, 3750, 3850, 3876 y 3882), que destacan el valor necesario e imprescindible del requisito que se analiza.

Sin embargo, esta disparidad de criterios posiblemente sea más aparente que real, por no deducidos de una misma consideración o punto de partida, pues más que establecer una regla general y abstracta respecto del carácter discrecional o preceptivo de esta audiencia, lo que hacen es entender que depende de cuál sea la personalidad que ostente el destinatario de aquélla, y así se explica que, no obstante parecer consolidada la doctrina de este Alto Tribunal a que se refiere la sentencia que parcialmente hemos transcrito, después de tales decisiones se han producido otras en las que el punto de vista sigue siendo opuesto y, en consecuencia, la conclusión sobre el carácter discrecional o preceptivo del requisito; así resulta, por ejemplo, de la Sentencia de 16 abril 1991 (RJ 1991, 3481), para la que la audiencia era potestativa, y de las de 2 noviembre 1990, 14 enero y 22 mayo 1991 (RJ 1991, 552 y 4337), 5 febrero 1992 (RJ 1992, 2343) y 27 marzo 1993 (RJ 1993, 1918), en las que, condicionándola a lo que consideramos decisivo, para el artículo 130.4, es decir, a si la entidad que debe o ha de ser oída ostenta la representación o defensa “legal” de las personas afectadas o potencialmente afectables por la disposición general en proyecto; porque, a pesar de esa real o posible afectación, tales personas a estos efectos no pueden ser consideradas como auténticos interesados, al menos con carácter general, y así se pudo decir por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 61/1985 (RTC 1985, 61), de 8 mayo, que “la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones o asociaciones artículo 105.a), no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados, en el sentido de partes procesales necesarias”.

En el caso que nos ocupa, como alega oportunamente el representante de la Administración al contestar la demanda, se oyó al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud, en cuanto Organismo representativo de los intereses afectados, dada la índole de la disposición de que se trataba, en consideración a la cual la Administración entendía que lo aconsejable y procedente era oír a los representantes de los interesados en los problemas de la salud, “por ser un bien público y general que interesa, por tanto, a todos los ciudadanos, ante el que deben ceder otros bienes sectoriales, más o menos legítimos pero mucho menos trascendentes que aquél”; observación ésta a la que es pertinente añadir —por un elemental deber de cumplir, sin posible concesión alguna a la duda, con el número 4 del artículo 130— que a la demandante cuyo derecho a ser oída se invoca, según el artículo 1214 del Código Civil, le era obligado probar que, efectivamente, ostentaba la representación o defensa legal de todos aquellos posibles afectados por el Real Decreto que se estaba gestando, sin que tal omisión pueda suplirse acreditando simplemente una personalidad y un indudable interés, no discutibles ni discutidos, adquiridos mediante una relación jurídica de carácter exclusivamente privado, que, por el contrario, únicamente habilita para representar y defender, en general, los privativos intereses y derechos de la Empresa y acaso, en su día, impugnar el cuestionado Real Decreto,

en su proyección individualizada, si es que aquéllos se veían lesionados de algún modo por las disposiciones de éste; de todo lo cual es necesario deducir, a propósito de la pretensión que se actúa con carácter principal, que ni por el procedimiento seguido para su elaboración ni por infringir, en su conjunto, el ordenamiento jurídico habilitante aquél —como seguidamente hemos de razonar, en cuanto a la pretensión subsidiariamente deducida—, sin haber, consiguientemente, incidido en la nulidad cuya declaración jurisdiccional se postula.» (*Sentencia de 5 de abril de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 4127.*)

2. *Procedimiento de elaboración. No precisa seguir todos los trámites establecidos en la LPA el reglamento dictado en ejecución de un reglamento dictado de conformidad con aquella ley.*

«El Real Decreto impugnado es, por tanto, una disposición general que se sitúa —y así se hace constar en su preámbulo— en el marco del artículo 28 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, que dispone que “el Gobierno, a propuesta del Consejo de Universidades, establecerá los títulos de carácter Oficial y validez en todo el territorio nacional, así como las directrices generales de los planes de estudio que deban cursarse para su obtención”. En ejecución de esa previsión legal el Real Decreto 1497/1987, de 27 noviembre —como el Real Decreto 1496/1987, de 6 noviembre, relativo a la obtención, expedición y homologación de títulos universitarios—, ordena esas directrices generales y distingue unas “directrices generales comunes” aplicables a todos los planes de estudio conducentes a cualquiera de los títulos universitarios oficiales —que incluyen el de Ingeniero Técnico (art. 1.º)— y unas “directrices generales propias, que además de las directrices generales a los títulos universitarios específicos para los que se establezcan” fijando el contenido de estas directrices.

Este Real Decreto ejecutivo se elaboró —según resulta de las afirmaciones, no contestadas, de las partes— de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo incluyendo el dictamen del Consejo de Estado y la propuesta necesaria del Consejo de Universidades y contenía una disposición relativa a las “directrices generales propias” según la cual (art. 8) el Consejo de Universidades propondría al Gobierno el establecimiento de los distintos títulos universitarios oficiales y las directrices de los planes de estudio propias para la obtención de cada uno de esos títulos fijando su contenido.

El Real Decreto recurrido limita su contenido a la aprobación de la titulación y de las directrices generales propias propuestas por el Consejo de Universidades, de conformidad con el Real Decreto 1497/1987 que viene a conferir una habilitación al Gobierno para realizar esa aprobación ya prevista en términos más generales por el artículo 28.1 de la Ley de Reforma Universitaria ejercitando por esta vía su potestad reglamentaria normativa en el específico ámbito que se determinaba.

En estas excepcionales circunstancias la elaboración del Real Decreto impugnado —como de las demás que establecen las titulaciones específicas y las directrices propias para su obtención— quedaba sujeta a la propuesta respectiva del Consejo de Universidades, sin perjuicio de cumplir la audiencia de los Colegios Profesionales prevista en el artículo 5.f) de la Ley 2/1974, de 14 febrero. Ambos requisitos se han cumplido, sin requerir los informes, observaciones o dictamen exigidos en la elaboración de las disposiciones generales según los artículos 129, 130 y 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que la actora estima vulnerados, ya que ese procedimiento se cumplió —y en ello están acordes las partes de este litigio— al elaborarse el Real Decreto ejecutivo de la Ley de Reforma Universitaria 1497/1987. La eficacia y el antiformalismo que presiden la actuación administrativa, en el sometimiento

pleno a la Ley y al Derecho que proclama el artículo 106.1 de la Constitución, no reclaman en el presente caso exigir nuevamente esas informaciones que garantizan la "legalidad, acierto y oportunidad de disposición" —según el art. 129 invocado— por haberse ya cumplido la solemnidad procedimental exigida.

En consecuencia, ha de desestimarse la causa de nulidad de pleno derecho alegada por la actora por estimar que el Real Decreto recurrido se había dictado "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido", con invocación del artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.» (*Sentencia de 2 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 3774.*)

B) Ordenanza local. Procedimiento de aprobación. Participación de entidades interesadas. No es aplicable al artículo 130.4 de la LPA. Aplicación del artículo 49 de la Ley 7/1985 de Bases del régimen local.

«En la primera de ellas, en un orden lógico de exposición, se objeta que no se ha cumplido, en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza Municipal, el requisito de participación corporativa del artículo 130.4 de la LPA, que se entiende de aplicación, según la transitoria del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROFRJEL) y el artículo 105.a) de la Constitución, al no haberse consultado, expresamente, a ninguno de los Gremios o Entidades afectados por la Ordenanza, habiendo participado éstos, únicamente, a través de la información pública, por lo que postula la nulidad de toda la norma local recurrida.

Los artículos 130.4 y 130.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 julio 1958 (no derogados por la Ley 30/1992, de 26 noviembre), no son de directa aplicación al procedimiento de elaboración de Ordenanzas municipales, al resultar el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, una norma específica de procedimiento que desarrolla el artículo 105.a) de la Constitución en el ámbito local. El citado artículo 49 dispone que la aprobación de las ordenanzas locales se ajustará a un procedimiento en el que, tras la aprobación inicial del Pleno, se abre un trámite de "información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias", concluyendo con el acuerdo de aprobación definitiva por el Pleno, tras la resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo que para ello se haya concedido y —artículo 70.2 de la Ley 7/1985— su inserción en el Boletín Oficial de la Provincia.

La información pública y audiencia a los interesados constituye garantía esencial, determinando su omisión la nulidad de pleno Derecho de la norma local afectada (*Sentencia de 10 marzo 1992 [RJ 1992, 2140]*). La información pública potestativa del artículo 130.5 de la Ley de Procedimiento y la audiencia corporativa del artículo 130.4 de la misma Ley confluyen, así, con la adecuada garantía, en el trámite que acabamos de enunciar en la legislación de Régimen Local. En el presente caso, resulta del expediente el cumplimiento del trámite de información pública —anunciado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 10 de junio de 1986—, presentándose quince pliegos de alegaciones, entre los que figura un extenso y fundamentado escrito del Gremio Provincial de Empresarios de Cine de Barcelona, aquí apelante, por lo que la pretensión formulada carece de consistencia, sin perjuicio de la procedencia de las siguientes consideraciones complementarias.

Es pertinente precisar, para dar adecuada respuesta a las alegaciones de la apelante (art. 43.1 LJCA), que la información pública y audiencia a los interesados atiende, al mismo tiempo, a la audiencia de los interesados —en defensa de sus derechos e intereses legítimos— y a la información pública propiamente dicha —como

mecanismos de participación ciudadana connatural a un Estado Social y Democrático de Derecho—, lo que se corrobora en la diferenciación que la propia Ley 7/1985 efectúa entre las reclamaciones —procedentes, lógicamente, de quienes ostenten una posición de interesados— y las simples sugerencias —aportadas por los demás— a que puede dar lugar. La dicción de la Ley 7/1985 y la propia redacción del artículo 188 del Real Decreto Legislativo del Texto Refundido de 18 abril 1986, aunque éste sea únicamente aplicable al procedimiento de las Ordenanzas Fiscales, indican, junto a la interpretación jurisprudencial que han recibido, que “información pública y audiencia a los interesados” constituyen, en la Ley 7/1985, un trámite único, cuya función consiste, precisamente, en que la Administración localice e identifique a los interesados propiamente dichos, y pueda ponderar y confrontar con el interés público los datos, sugerencias y reclamaciones que aporten, antes de la aprobación definitiva del texto.

La audiencia corporativa no deja, por ello, de tener garantía en el ámbito local —en el que por definición debe ser mayor la ósmosis entre el nivel de gobierno municipal y el de sus representados—, sin ser necesario para ello dar aplicación, en forma supletoria, al artículo 130.4 de la LPA que se nos invoca. En efecto, a través del Registro Municipal de Asociaciones Vecinales, que prevé el artículo 236 del ROFRJEL, se puede dar cauce a la audiencia corporativa mencionada, ya que el Ayuntamiento deberá, sin duda, notificar, en su propio domicilio social, a las Entidades inscritas en el Registro, que hayan efectuado la solicitud que prevé el artículo 234.a) del Reglamento, el acuerdo de apertura del trámite de información pública y audiencia a los interesados de los proyectos de Ordenanza que afecten a cuestiones relacionadas con el objeto social de las mismas. En el presente caso —en que nada se aduce por la apelante sobre las normas citadas o el Registro citado—, la cuestión carecería también de relevancia, al resultar claro que la audiencia corporativa quedó suficientemente cumplida con la mera publicación del trámite de información pública, dadas las alegaciones presentadas entre las que, como anteriormente expresamos, se encuentra la de la propia apelante.

No se debe olvidar, por último, la línea jurisprudencial que (desde la sentencia de la antigua Sala Cuarta de 16 mayo 1972 [RJ 1972, 2971]), ha venido a extremar, en los últimos años, el rigor en la exigencia del cumplimiento del artículo 130.4 de la LPA en la elaboración de disposiciones generales de otras Administraciones Públicas, interpretando dicho precepto —desde 1978— con una lectura conforme al artículo 105.a) de la Constitución, y, subrayando, que el trámite de informe de las entidades corporativas y representativas de los intereses afectados por tales disposiciones —que establece el artículo 130.4 LPA— equivale y sustituye al de audiencia a los interesados, que, respecto del procedimiento común, preceptúa el artículo 91 de la LPA (Sentencias de esta Sala de 18 octubre y 26 abril 1993 [RJ 1993, 9714 y 5031]; 19 enero, 22 mayo y 17 octubre 1991 [RJ 1991, 552, 4337 y 7845] o, en revisión, de 19 mayo 1988 [RJ 1988, 5060]). Con inspiración en esta corriente jurisprudencial consolidada, y en el artículo 105.a) de la Norma Fundamental, es de entender que la expresión “audiencia a los interesados”, del citado artículo 49 de la Ley 7/1985, también tiene una significación acorde al artículo 91 de la LPA —al que sustituye— en el trámite que acabamos de examinar, y que, por ello, no obliga sólo a la normal publicación oficial del acuerdo de apertura del trámite de información pública y audiencia a los interesados, sino también a efectuar una notificación individual (art. 194 del ROFRJEL, en relación con el art. 80 de la LPA) del acuerdo de apertura del trámite en todos aquellos casos en que existan afectados o interesados que estén claramente determinados y resulten conocidos por la Administración que promueve el proyecto de Ordenanza. En el presente caso, procede afirmar que no consta la existencia de tales interesados, no pudiendo ser tales —como correctamente entendió el informe municipal sobre las reclamaciones presentadas por un grupo de Concejales— una categoría completa de personas, como todos los titulares de licencias concedidas o todos los contribuyentes inscritos en un Padrón de Radicación. Ante la inexistencia de vicio

formal, también desde esta perspectiva —no alegada por la apelante, pero que resulta de los datos del expediente y de los términos de la apelación—, debemos, ya, rechazar la pretensión de nulidad de toda la Ordenanza municipal, por el vicio de procedimiento examinado.» (*Sentencia de 14 de junio de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 4597.*)

II. ACTOS

Del Gobierno. Fiscalización por la Jurisdicción contencioso-administrativa. Nombramiento del Fiscal General del Estado.

«El Abogado del Estado, en ejercicio de la facultad que le reconoce a la parte demandada el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción, ha alegado nuevamente, en el trámite de contestación a la demanda, la falta de jurisdicción como motivo de inadmisibilidad del recurso.

En Auto de 18 enero 1993 fijamos nuestra posición sobre este punto, ratificada en los de 15 febrero y 27 abril del mismo año.

Reproduciendo las razones que allí expusimos, señalaremos que el problema que se suscita con este motivo de inadmisión es determinar si el Real Decreto 364/1992, de 10 abril, por el que fue nombrado Fiscal General del Estado el Excmo. Sr. D. Eligio H. G., es susceptible de residenciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa o si debemos considerarlo exento de valoración judicial, por no ser un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo ni estar, por tanto, integrado en el ámbito jurisdiccional delimitado por los artículos 1.1 de la Ley de la Jurisdicción y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una primera solución nos vendría dada por la aceptación de que el acto de nombramiento de Fiscal General del Estado tuviese naturaleza puramente administrativa, por lo que no ofrecería duda su plena sumisión a nuestro orden jurisdiccional. Aunque no faltasen razones que podrían avalar esta posición, como sería la consistente en la calidad que aquél ostenta de *Jefe Superior de una organización* —el Ministerio Fiscal— que parece carecer de estrictas funciones políticas, al deber regirse su comportamiento en todo caso por los principios de legalidad e imparcialidad, sin embargo no podemos dejar de tener en cuenta la amplitud constitucional de sus funciones, recogidas en el artículo 124 de la Constitución, así como el especialísimo régimen de su nombramiento, regulado en el mismo precepto, lo que nos inclina a considerar que estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa.

La aceptación de esta tesis nos obliga a examinar el estado que mantiene, en el marco constitucional vigente, la posibilidad de que existan actuaciones imputables al poder ejecutivo no controlables, en cuanto a su legalidad, por los órganos del poder judicial.

La jurisprudencia ha admitido pacíficamente la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas a control jurisdiccional. Cabe citar a título de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 junio y 2 octubre 1987 (RJ 1987, 4018 y 6688), ambas destacables tanto por sí mismas como porque sobre las tesis en ellas mantenidas ha elaborado el Tribunal Constitucional su doctrina general acerca de este particular, que ha permanecido prácticamente inalterable desde la Sentencia de 15 marzo 1990 (RTC 1990, 45) hasta la de 26 noviembre 1992 (RTC 1992, 204).

En todas las sentencias citadas, ambos Altos Tribunales han acudido directamente al examen del artículo 97 de la Constitución y a su relación con el artículo 106.1 para fundar la admisión de una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión judicial. Así, en la de 2 octubre 1987 hemos dicho que "el artículo 97 de la Constitución enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.1 del mismo texto constitucional, de su gestión política, como señala el artículo 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados". Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la de 15 marzo 1990, dice que "no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto Constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otros semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción".

La clara posición jurisprudencial que hemos descrito sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se oscurece y origina los auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción y cuyo sistemático acoplamiento obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial para alcanzar un pronunciamiento individualizado que dé solución satisfactoria al concreto conflicto al que sea preciso dar una respuesta en Derecho.

Entre estos principios y normas nos encontramos, en primer lugar, con que la Constitución ha aportado un trascendente elemento innovador con respecto al régimen jurídico existente con anterioridad, cual es el precepto contenido en el artículo 24.1, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. Ha sido la influencia de este precepto constitucional la que explica que la jurisprudencia que hemos reseñado haya abandonado la cita del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa, a pesar de las restricciones que el Tribunal Supremo había impuesto a la noción de acto político y que por eso el Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia de 15 marzo 1990, haya destacado expresamente que el Tribunal Supremo no hubiese inadmitido un recurso "por considerarlo dirigido contra un acto (presunto) de carácter político, de aquéllos a que alude el artículo 2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en ningún momento se menciona en la sentencia, sino por entender que se dirigía contra una actuación (u omisión) no sujeta al Derecho Administrativo y, por ende, insusceptible de control en esa vía judicial, conforme al artículo 106.1 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Otro mandato constitucional que no podemos dejar de tener presente es el del artículo noveno de la Norma Suprema, cuando nos dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La unión de estos preceptos con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 nos lleva a apreciar la dificultad de prin-

cipio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del poder ejecutivo.

Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

Un caso típico es el que ahora se somete a nuestro enjuiciamiento. El artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal impone que la elección de Fiscal General del Estado se haga "entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión". Es este último un requisito objetivo, impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa, que suprima del Estatuto el mencionado requisito. Pero mientras esté vigente su exigencia, no apreciamos obstáculo constitucional ni legal que impida al Tribunal Supremo controlar su cumplimiento por parte del Gobierno, imponiéndole, en su caso, que se sujete al mandato claro y preciso emanado de las Cortes Generales.

Ciertamente, no desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada, al mismo tiempo, en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de éste se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el poder legislativo.

Por otra parte, como recordábamos también en los autos mencionados, la conclusión a que llegamos no carece de precisos antecedentes jurisprudenciales, que han indicado la tendencia a resolver por vía judicial el examen de la concurrencia de concretos requisitos o aspectos legales de actuaciones del Gobierno que en su conjunto no eran calificables como netamente administrativas, pero en los que prevaleció la idea de coaccionar en lo judicialmente posible la realidad efectiva del principio de legalidad. Podemos citar en este sentido la referencia que en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 marzo 1990, se hace al supuesto en que las decisiones del Gobierno que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción —que según el propio Tribunal son las característicamente políticas—, estén mediatizadas porque la prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes, en cuyo caso el control jurisdiccional sería incuestionable. Asimismo, el Tribunal Supremo, en una Sentencia de 30 julio 1987 (RJ 1987, 7706), después de declarar manifiestamente político el acto que se había impugnado, sin embargo no rechazó entrar en el análisis jurídico de elementos que consideró controlables, tales como el procedimiento seguido y la competencia del órgano que lo había dictado.» (*Sentencia de 28 de junio de 1994, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 5050.*)

III. CONTRATOS

Concierto educativo. Naturaleza jurídica. Fuerza vinculante de lo acordado para las partes.

«El hecho de que, en un momento dado, por “necesidades urgentes de escolarización” se autorice provisionalmente y con un alcance transitorio por la Administración, el funcionamiento de un mayor número de Unidades de las inicialmente autorizadas con arreglo a la *ratio* profesor/alumno, no implica que, para cuando hayan de desaparecer dichas “necesidades” que aconsejaran la mentada “autorización transitoria”, no puedan convertirse entre las partes que documenta y suscriben el concierto, la progresiva disminución de las Unidades innecesarias que fueran autorizadas transitoriamente, para adecuarlos a las verdaderas y definitivas autorizaciones de funcionamiento de los Centros, pues dicha adecuación es permitida, tanto por la LODE como por el Real Decreto 2377/1985, anteriormente citados.

Pues el artículo 10 del Reglamento de Normas Básicas de Conciertos Educativos —Real Decreto 2377/1985— define el contenido de los mismos como el conjunto de derechos y obligaciones de ambas partes, con sujeción a lo establecido en el Reglamento y demás disposiciones reguladoras de Conciertos. El Concierto Educativo tiene, en consecuencia, un sustrato negocial, en que el acuerdo de voluntades constituye el soporte jurídico del mismo; lo que quiere decir que, firmado el convenio por ambas partes, su contenido vincula a las mismas, con el alcance jurídico de todo pacto que no sea contradictorio a la norma legal y reglamentaria de aplicación. Por lo que, dentro de la permisibilidad que dichas normas establecen, el Centro Educativo de referencia pactó una reducción progresiva de determinadas Unidades, para adecuarlas a las definitivamente autorizadas respecto de las otras transitoriamente permitidas, ése y no otro es su derecho y ésa y no otra es la obligación de la Administración; dicha voluntad negocial que el Ordenamiento Jurídico permite en esta materia, como base del “concierto educativo” sin contraposición de las normas, ha de regir el mismo, sin que sea posible la modificación de su contenido, cuando éste es conforme a la Ley y su Reglamento, si no es por mutuo acuerdo de las partes que conciertan.

En el supuesto de actual referencia, la “reducción progresiva” pactada, se fundamentó en que las autorizaciones de las Unidades que se otorgaron después de las iniciales definitivas, tenían el carácter de “transitorias” con la consecuencia de que habrían de reducirse cuando desaparecieran las necesidades de escolarización previstas; por lo tanto, al no tener estas últimas el carácter de definitivas, sino solamente el de transitorias, justifican la existencia de la Cláusula Segunda, en su último párrafo, del Acuerdo, suscrito entre las partes con fecha 21 mayo 1986, de actual referencia, y la validez jurídica del mismo. De forma que el respeto a lo convenido y la imposibilidad jurídica de un Concierto Educativo sobre Unidades no autorizadas, si no es con carácter transitorio, fundamentan jurídicamente las resoluciones ministeriales que fueron objeto de recurso contencioso-administrativo; por lo que éstas han de ser declaradas conformes a derecho.

Al no haberlo entendido también así la sentencia ahora combatida, procedente es su revocación; habiéndose de estimar este recurso de apelación contra aquélla interpuesto. Declarando en su lugar que, tanto la Orden Ministerial, de 16 mayo 1986, como la Resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 4 marzo 1988, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la mentada Orden Ministerial, son conformes a derechos y, por consiguiente, es procedente su mantenimiento; por lo que ha de desestimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dichos actos administrativos, por la parte actora.» (*Sentencia de 18 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 3850.*)

IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA

A) *Retasación. Naturaleza. Eficacia de la consignación para evitar el derecho a la retasación. Plazo de la acción.*

«La retasación, regulada en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, exige como presupuesto básico la previa fijación de un justiprecio, que por el transcurso de dos años desde la fecha de su fijación definitiva, sin satisfacerse o consignarse en debida forma, se debe considerar caducado, previa petición al efecto.

La retasación —Sentencia de 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1805)— es una figura jurídica de marcado corte garantista en beneficio del expropiado, no tratándose de un mecanismo sancionador a la Administración en razón de su inactividad sino que incorpora una garantía en favor del expropiado, siendo claro que lo tutelado es la lesión del expropiado consistente en no haber recibido el justiprecio señalado en dicho plazo, con independencia de la causa de la demora, tanto si ésta es debida a la mera inactividad administrativa como a la equivocación o error al pagar a otra persona, puesto que el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa cuando se refiere a que no se haya hecho efectivo el justiprecio o no se haya consignado, está obviamente exigiendo que el pago se haga al propietario o a su favor se consigne en forma, el justiprecio, que según el artículo 74.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, será el fijado administrativamente y tal como viene manteniendo esta Sala en Sentencias de 26 octubre 1993 (RJ 1993, 7203), 21 marzo 1994 (RJ 1994, 1802) y 29 marzo 1994 (RJ 1994, 1900), al ser el citado justiprecio un valor de sustitución conmutativo del bien o derecho expropiado, no necesitan estar comprendidos en el contenido material de aquél, los intereses expropiatorios al ser conceptos diferentes, de naturaleza distinta y que responden a diversos factores y así en las Sentencias de esta Sala de 29 enero y 5 febrero 1990 (RJ 1990, 141 y 854) se determinó que la fijación de los intereses de demora de los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa, son un crédito accesorio del justiprecio y una obligación legal emanada del artículo 1108 del Código Civil, por lo que el pago del justiprecio fijado administrativamente o su consignación en forma, dentro del referido plazo aun sin el abono o consignación de los intereses de demora, enerva los efectos de la retasación de los bienes y derechos expropiados, y la impide.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 abril 1980 (RJ 1980, 1338), 18 mayo 1984 (RJ 1984, 2782) y 14 marzo 1991 (RJ 1991, 1818), entre muchas otras, establecen que si bien el Código Civil sólo hace referencia a la *mora accipiendi* en algunos artículos como en los 1452 y 1505, con relación al contrato de compraventa y específicamente en los artículos 1176 y siguientes, tales preceptos, en relación con los artículos 50 de la Ley de Expropiación Forzosa y 51 del Reglamento, obligan a sentar como requisitos para que la consignación opere efectos vinculantes y liberatorios para el cumplimiento por la persona u organismo expropiante del pago del justiprecio, que se acredite cumplidamente la actitud pasiva o aquietamiento del acreedor o expropiado en el percibo del justo precio, bien por haberse hecho el ofrecimiento de pago sin aceptarlo o citación en forma para su efectividad sin comparecer, haber rehusado en percepción y que, en todo caso, el propietario de los bienes expropiados tenga conocimiento de la consignación, puesto que es exigencia *sine qua non* para que pueda acudir a ese medio liberatorio para el acreedor que la consignación significa.

Frente a lo afirmado en la sentencia impugnada, los expropiados no tuvieron conocimiento de la consignación del justiprecio efectuada o al menos no consta tal conocimiento, ni es deducible de las actuaciones practicadas en el expediente ni en los autos, pues como ya se ha reiterado, aquéllos se limitaron durante varios años, tras reconocer y aceptar el hecho expropiatorio y el justiprecio fijado, que les fuera abonado tal importe, sin que a pesar de ello la Administración, a través de tan dilatado

lapso temporal, contestara a tales peticiones señalando la existencia de tal consignación, que desde luego no fue notificada formalmente tampoco.

Es llano, que si los interesados hubieran conocido el hecho de la consignación, hubieran procedido a su cobro, en vez de solicitarlo a la Administración.

En el documento número 3 de los acompañados con la demanda, citado en la sentencia recurrida, en absoluto se reconoce la existencia de la consignación, sino simplemente el deseo de cobrar la cantidad asignada, que además la consideraba muy baja, interesando en el otro escrito mencionado en la sentencia simplemente el abono del justiprecio. Por tanto, no habiéndose cumplido en la consignación del justiprecio aquí contemplada, los requisitos exigidos en el artículo 1177 del Código Civil y concordantes en relación con los artículos 50 y 58 de la Ley de Expropiación Forzosa y 51 de su Reglamento, la misma carece de los efectos liberatorios propios del pago, y por ende, sin valor alguno para poder enervar el pertinente derecho a la retasación de la finca expropiada, toda vez que ha transcurrido con exceso el plazo de dos años desde la fecha de la citada consignación.

No puede estimarse la alegada prescripción del derecho a la retasación, pues aun tratándose, desde luego, de un derecho objetivo de carácter personal, en todo caso, tal plazo prescriptivo de quince años para el ejercicio de la acción —art. 1964 del Código Civil— ha de contarse desde que real y efectivamente pudo ser ejercitada por el interesado, que en el supuesto de la consignación ha de referirse al instante en que tuvo conocimiento de la misma, lo que no acaeció al menos hasta 1986, y en cuanto al hecho material del pago del justiprecio señalado, es de hacer notar que los afectados lo vinieron periódicamente solicitando, sin que pudieran formular otro tipo de reclamación o petición toda vez que conforme al artículo 17 del Decreto 24 julio 1968, los propietarios expropiados en un Polígono determinado habían de renunciar en el expediente expropiatorio o cualquier género de reclamación o recurso para tener derecho a la cesión de parcelas en ese Polígono para promoción de Viviendas de Protección Oficial, y ese fin fue precisamente el expresado por los recurrentes en todos sus escritos a la Administración y la causa o razón de la aceptación del justiprecio y demás eventos expropiatorios. De ahí, que hasta el informe de la Junta de Castilla y León de 16 de junio de 1988, en que se le indicaba la imposibilidad de la cesión solicitada, no tuvieron los recurrentes plena libertad no condicionada, para el ejercicio de promover su derecho a solicitar la retasación.

Es procedente, pues, estimar la pretensión retasacional de la parte recurrente y revocar en este punto la sentencia apelada.» (*Sentencia de 17 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4267.*)

B) Expropiación parcial. Distinción del supuesto de carácter antieconómico de la conservación de parte de la finca no expropiada. Fijación de indemnización.

«El último de los motivos de impugnación de la sentencia se refiere a la denegación de la expropiación total de la parcela 65-a, por estimar los apelantes que concurren los requisitos establecidos para ello por los artículos 23 y 46 de la Ley de Expropiación Forzosa, en relación con el artículo 46 del Reglamento de ésta, por lo que reiteran la pretensión que formularon, en su día, en vía administrativa y que articularon en la súplica de su demanda, supeditándola a que se accediese al justiprecio interesado en la misma.

La Sala de primera instancia, partiendo de una confusión entre la indemnización debida por resultar antieconómica la conservación del resto no expropiado de la finca, prevista por el artículo 46 de la Ley de Expropiación Forzosa, y la indemni-

zación por demérito como consecuencia de la división, que, reconocida en su hoja de aprecio por la Administración expropiante, había sido omitida por el Jurado Provincial de Expropiación al fijar el justiprecio, concede tal indemnización por demérito en la misma cantidad fijada por la propia Administración en su citada hoja de aprecio.

Hemos de declarar, con el fin de esclarecer los conceptos que se confunden en la sentencia apelada, que la indemnización por demérito como consecuencia de la división o expropiación parcial de una finca es diferente, por tener una causa distinta, de la indemnización prevista por el artículo 46 de la Ley de Expropiación Forzosa cuando, como consecuencia de la expropiación, resulta *antieconómica* para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, a que se contrae el artículo 23 de la misma Ley, ya que, aun cuando comúnmente la división de una finca genera un demérito en la porción restante, sólo en ocasiones la conservación de la parte de finca no expropiada resulta *antieconómica*, supuesto este último contemplado por los citados artículos 23 y 46 de la Ley de Expropiación Forzosa y 46 de su Reglamento.

En nuestras Sentencias de 22 marzo 1993 (RJ 1993, 1810) (Recurso de apelación 4867/1990) y 26 marzo 1994 (RJ 1994, 1892) (Recurso de apelación 2284/1991) hemos declarado que cuando la expropiación parcial de una finca produce un demérito en la porción restante, tal depreciación, como consecuencia directa de la expropiación, debe ser compensada adecuadamente, mediante una indemnización proporcionada al perjuicio real, si bien, como también es doctrina de esta Sala (Sentencias de 7 noviembre 1986 [RJ 1986, 6131] y 8 mayo 1987 [RJ 1987, 3317]), "el premio de afección lo concede la Ley por la privación de los bienes que estando en poder de los expropiados dejan de pertenecer a su patrimonio y posesión en contra de su voluntad, pero no a las demás indemnizaciones que no llevan consigo esa disminución o privación de bienes concretos y determinados", y así, en nuestras Sentencias de 10 mayo 1993 (RJ 1993, 3713) (Recurso de apelación 11405/1990) y 26 marzo 1994 (Recurso de apelación 2284/1991), hemos declarado que "el premio de afección sólo se abonará al expropiado sobre el valor o justiprecio de los bienes o derechos de cuya propiedad o posesión resulte privado, pero no sobre las demás indemnizaciones a que tenga derecho como consecuencia de los daños o perjuicios causados a los bienes o derechos que continúan en su patrimonio".

Asimismo, en nuestra Sentencia de 4 diciembre 1993 (RJ 1993, 9249) (Recurso de apelación 1286/1991), se declara que cuando la Administración expropiante rechaza la expropiación total solicitada, a pesar de haberse acreditado que la parte restante resulta *antieconómica* para su propietario, debe incluirse en el justiprecio la indemnización prevista por el artículo 46 de la Ley de Expropiación Forzosa que, lógicamente, tiene como límite máximo, según el artículo 46 del Reglamento de esta Ley, el precio que la Administración debería satisfacer por haber expropiado la totalidad de la finca, de manera que —se dice también en esta sentencia (Fundamento Jurídico segundo)— "ciertamente, como ha declarado este Tribunal (Sentencia de 19 junio 1987 [RJ 1987, 4214]), la Administración, en aplicación de lo dispuesto concordadamente por los artículos 23 y 46 de la Ley de Expropiación Forzosa y 22 de su Reglamento, no está obligada a conceder la expropiación total de la finca, solicitada por el propietario, pero, en el supuesto de denegación a pesar de resultar *antieconómica* la conservación de la parte no expropiada, ha de incluirse en el justiprecio la indemnización por los perjuicios que se produzcan a consecuencia de la expropiación parcial", sin que, por lo expuesto anteriormente, a esta indemnización deba sumarse premio alguno de afección.» (Sentencia de 9 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4120.)

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Competencias. Espectáculos taurinos. Antes y después de la Ley 10/1991. Seguridad pública y cultura como títulos competenciales. Valor de los Reales Decretos de traspasos.

«La resolución de la Dirección General de Juego de la Junta de Andalucía constituye un auténtico ejercicio de potestad reglamentaria (aunque lo sea meramente por la vía de la derogación de una norma estatal en el territorio andaluz o, al menos, de su dispensa) en materia de Espectáculos Públicos, cuya competencia exclusiva, sin perjuicio de las normas del Estado, le fue atribuida a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el artículo 13.32 de su Estatuto, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 diciembre, si bien, entre las competencias, servicios y funciones que se reservó la Administración del Estado, según acuerdo de la Comisión Mixta, prevista en la disposición transitoria segunda del citado Estatuto de Autonomía para Andalucía, en sesión plenaria celebrada el 27 de diciembre de 1983, aprobado por Real Decreto 1677/1984, de 18 julio ("BOE" de 19 de septiembre de 1984), se encuentra la de dictar normas que reglamenten los espectáculos taurinos, y, en consecuencia, cualquier derogación o dispensa (según el significado que esta Sala da a la resolución impugnada), instrucción o circular interna (conforme al alcance que le otorga la representación procesal de la propia Administración Autonómica) que, en relación con la reglamentación de los espectáculos taurinos, lleven a cabo los Organos de dicha Comunidad Autónoma, sea cual fuere su rango o jerarquía, son nulas de pleno derecho por carecer éstos manifiestamente de competencia para ello, según el artículo 47.1.a), entonces vigente, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Cabe plantearse si, al reservarse la Administración del Estado en el citado acuerdo de la Comisión Mixta la reglamentación de los espectáculos taurinos, se hizo con el alcance que, después, ha fijado claramente la Ley 10/1991, de 4 abril (RCL 1991, 891 y 1075), sobre potestades administrativas en dichos espectáculos (lo que explicaría que en el Decreto de la Junta de Andalucía 50/1985, de 5 marzo [LAN 1985, 885], se atribuyan competencias en relación a la lidia y a los festejos taurinos tanto al Director General de Política Interior de la mencionada Junta [art. 3.º.6 y 7] como a los Delegados Provinciales de Gobernación en la Comunidad Autónoma de Andalucía [art. 4.18, 20, 21, 22 y 23]), en el sentido de entender que la Administración del Estado se reservaba dictar las normas que reglamenten los espectáculos taurinos en cuanto al orden público y la seguridad ciudadana, que constituyen competencias exclusivas del Estado, al amparo del artículo 149.1.29.ª de la Constitución, y en lo relativo al fomento de la cultura de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.2 del citado Texto Constitucional, mientras que, en lo demás, dichos espectáculos taurinos, como otros espectáculos públicos, vendría atribuida la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 13.32 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 diciembre, a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pues bien, incluso con esta interpretación no se podría llegar a conclusión diferente a la expuesta en el precedente fundamento jurídico sobre la manifiesta incompetencia de los Organos de la Comunidad Autónoma apelante para dispensar o derogar la eficacia de una norma reglamentaria de la Administración del Estado, cuya singular finalidad era garantizar que en la lidia sólo sean empleadas las reses idóneas por su raza, lo que ahora se consigue mediante la oportuna certificación del Libro Genealógico de la Raza Bobina de Lidia, dependiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y de la copia del contrato de compraventa de las reses —art. 29.2.f) y g) del Reglamento de Espectáculos Taurinos aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 febrero—, ya que, como dispone en la actualidad el artículo 4.1 de la indicada Ley 10/1991, de 4 abril, conforme a lo establecido por el citado

artículo 149.2 de la Constitución, es competencia exclusiva de la Administración del Estado adoptar las medidas destinadas a fomentar y proteger las actividades relacionadas con la preparación, organización y celebración de los espectáculos taurinos, en atención a la tradición y vigencia cultural de la fiesta de los toros, única razón que justifica su existencia.» (*Sentencia de 28 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4326.*)

VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Grupo municipal. Naturaleza y derechos. Legitimación. La tienen los concejales individuales pero no el grupo municipal.

«Alega el recurrente, como primer motivo de casación, la infracción de los artículos 28.4.a) LJCA y 20.3 y 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local número 7/1985, de 2 abril (LRBRL), por entender que el auto de instancia yerra al considerar a los Concejales como órganos de la Corporación, puesto que son simples miembros de ella. Sin embargo, aunque dicho auto se refiera al artículo 63.1.b) LRBRL y a su precedente en la Ley 40/1981, como una excepción a la regla general contenida en el artículo 28.4.a) de la Ley de esta Jurisdicción según la cual no podrán interponer recurso contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una Entidad pública los órganos de la misma, ello no supone que en él se considere a los Concejales como órganos de la Corporación, ni mucho menos que ésa sea la razón de la decisión adoptada por la Sala de instancia, sino que el artículo 63.1.b) LRBRL supone una excepción al 28.4.a) LJCA como efectivamente sucede. La proscripción de la posibilidad de recurrir los actos y disposiciones de una Entidad pública por parte de los órganos que la componen implica no sólo la prohibición de que unos órganos recurran las decisiones adoptadas por otros de los integrantes de la misma entidad sino también que, formada la voluntad de un órgano colegiado, la decisión adoptada representa la voluntad del órgano y vincula a todos sus integrantes aunque hubieran disentido de ella y el artículo 63.1.b) LRBRL implica una modulación a esta última manifestación del principio, en cuanto que la vinculación a la decisión mayoritaria no impide a los Concejales que hubieran votado en contra de los actos adoptados por las Corporaciones locales de que formen parte su impugnación jurisdiccional, por lo que este motivo de casación ha de ser desestimado.

Como segundo motivo de casación alega el recurrente la infracción de los artículos 24 y 162.1.b) de la Constitución, 7.3 y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 46.1.b) y Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Aunque englobados bajo un mismo epígrafe el desarrollo del motivo revela que en realidad comprende dos infracciones distintas que han de ser analizadas separadamente; una es la correspondiente a la, a juicio del recurrente, indebida negación al Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Valencia de la cualidad de parte legitimada para impugnar los acuerdos del Pleno de que forma parte, otra es la relativa a la falta de ofrecimiento al portavoz del Grupo recurrente de la posibilidad de subsanar el defecto, presentando en su propio nombre el recurso interpuesto. Respecto a lo primero, la cita de los preceptos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional referentes a la legitimación requerida para interponer el recurso de amparo ante dicho Tribunal no tiene otro valor que el de representar un criterio más amplio, plenamente acogido ya en la jurisprudencia, en la consideración de los intereses que conceden legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo, con perfecta acogida de los intereses colectivos, porque en lo demás el distinto objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Consti-

tucional y del recurso contencioso-administrativo ordinario hace imposible trasladar, sin otras precisiones, a este último la doctrina recaída en el primero sobre la legitimación activa. Y ni siquiera en la doctrina constitucional se encuentra un reconocimiento de la legitimación de los Grupos Parlamentarios análogos en esto a los Grupos Municipales, para recurrir en cualquier tipo de proceso sino estrictamente en el campo de los actos que afectan al ámbito interno de su actuación parlamentaria (Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1990, de 1 marzo [RTC 1990, 36] y 205/1990, de 13 diciembre [RTC 1990, 205]). Reconociendo a los Grupos Municipales interés para impugnar los actos que les afecten como tal grupo, la amplitud de su legitimación ha de derivar de la de su actuación en el Ayuntamiento y el examen de los correspondientes preceptos del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, demuestra sin ninguna duda que su actuación se desarrolla en el ámbito interno de la Corporación. Los grupos tienen derecho a un despacho o local en la sede de la Corporación (art. 27), pueden hacer uso de los propios locales de aquélla para celebrar reuniones o sesiones de trabajo (art. 28.1), tienen derecho a participar en todos los órganos colegiados integrados por miembros de la Corporación pertenecientes a diversos grupos (art. 29), pueden participar en la determinación del orden del día por razones de urgencia (art. 91.4) y su portavoz manifiesta en los debates la opinión de los agrupados (art. 94). A esto únicamente alcanza el papel del Grupo municipal que si facilita el funcionamiento de los órganos colegiados del Ayuntamiento no sustituye a los miembros de la Corporación. Es al número de Concejales presentes a lo que se atiende para computar el *quorum* exigible para la constitución del Pleno (art. 90) y, además de las posibilidades de intervención individual que aquéllos tienen en los debates, los acuerdos se adoptan con su voto favorable que es personal e indelegable (art. 99.5), como es también personal la responsabilidad de los Concejales que hubieren votado favorablemente por los acuerdos de los órganos colegiados del Ayuntamiento (arts. 78.2 LRBRL y 22.2 del Reglamento 28 noviembre 1986). No es, pues, en el concepto de interés directo que emplea el artículo 28.1.a) LJ donde se puede encontrar el punto de conexión entre la cuestión de fondo planteada en un proceso y quien interviene en él como recurrente y que le atribuye la cualidad de parte legítima, sino en la específica previsión del artículo 63.1.b) LRBRL que independientemente de quién la posea para impugnar los acuerdos de las Corporaciones locales por tener interés directo en ello se le concede individualmente a unas personas, los miembros de las corporaciones que hubieren votado en contra, que en otro caso no la tendrían.

El auto de instancia considera que puesto que el recurso aparece interpuesto en nombre y representación del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Valencia sin que conste en el escrito "la intención de que personas concretas que tuvieran la condición de Concejales de dicho Ayuntamiento" de interponer el recurso en nombre propio, ello "impide la subsanación de posibles defectos procesales", es de suponer que la falta de legitimación activa del citado grupo que es lo que condujo a la declaración de inadmisibilidad del recurso. La legitimación no es una cualidad formal de los actos procesales sino un presupuesto procesal de tal manera ligado a la cuestión de fondo planteada en el proceso que su ausencia no puede ser objeto de subsanación. Sin embargo, el principio *pro actione* determina que el ejercicio de la facultad de subsanación haya de concederse no sólo para remediar los defectos formales de los actos procesales sino todas aquellas situaciones que puedan conducir a una declaración de inadmisibilidad del recurso y que puedan evitarse sin desvirtuar la finalidad del proceso ni violentar la voluntad de cuantos en él intervienen. En el supuesto ahora contemplado el Abogado representante procesal de la parte recurrente, si bien ha interpuesto el recurso en nombre y representación del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Valencia, lo ha hecho en virtud de un poder otorgado por doña Clementina R. V., que interviene en su propio nombre, como Concejala del Ayuntamiento de Valencia y también como portavoz del Grupo Municipal Socialista en dicha Corporación, y es evidente que con arreglo a dicho poder el

representante procesal de aquella parte pudo haber comparecido en representación de doña Clementina R. V., cuyo voto contrario al acuerdo impugnado, así como el de todos los concejales del grupo, consta en el expediente administrativo remitido. La efectividad de la tutela judicial requerida en el presente supuesto habría exigido que la Sala de instancia hubiera dado al representante procesal del Grupo Municipal recurrente la facultad de subsanar su falta de legitimación compareciendo en el plazo de diez días que establece el artículo 129 LJCA, conforme al mismo poder ya presentado, en nombre y representación de doña Clementina R. V. en su condición de concejal del Ayuntamiento de Valencia, y al no haberlo hecho así la Sala de instancia ha de estimarse este recurso de casación y casarse el auto objeto del mismo.» (*Sentencia de 16 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 3515.*)

B) Control de sus actos. Competencia para la impugnación y poderes de quien materializa el recurso. Contenido de las acciones previstas en los artículos 65 y 66 de la LBRL.

«Es objeto de particular destaque en la sentencia de instancia el hecho de que el Abogado del Estado, siguiendo instrucciones del Delegado del Gobierno de Castilla-La Mancha, “se acogió a la vía impugnatoria del artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 abril, esto es, a la impugnación por razones de competencia que obliga a precisar la lesión o, en su caso, extralimitación competencial que la motiva y las normas legales vulneradas en que se funda, habiéndolo formulado correctamente al concretar que son ilegales los artículos 8, 18 y 22 del Acuerdo Marco, por afectar a materias de la exclusiva competencia del Estado, en las que no cabe posible negociación”. Sin embargo, entiende que se aparta del cauce procedimental escogido planteando temas que sólo podían discutirse si hubiera sido entablada la acción impugnatoria por infracción del ordenamiento jurídico. Tal ocurre con la pretensión de nulidad total del Acuerdo basada en la falta de legitimación, “aspecto que escapa del específico control previsto en el artículo 66 de la Ley 7/1985, por ser tema que no afecta a las competencias del Estado, como parece admitir el propio Delegado del Gobierno en el escrito que dirige al Abogado del Estado...”. Y se añade que si bien el texto del artículo 17 del “Acuerdo Marco” en el que se regulan las competencias de la Junta de Personal podía ser impugnado a través de la vía del citado artículo 66 de la Ley 7/1985, “es lo cierto que el órgano competente para interponer el recurso, que en el presente caso es el Delegado del Gobierno, no impugnó el referido artículo, resultando por ello inadmisibile el recurso en cuanto a este extremo, pudiendo ser de aplicación al respecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 julio 1983 (RJ 1983, 4083)” (F. 2.º).

La sentencia realiza seguidamente el análisis de los motivos de nulidad parcial alegados en relación con los artículos 8, 18 y 22 del Acuerdo Marco para llegar a la conclusión de la falta de fundamento jurídico suficiente de la impugnación.

Previamente a las cuestiones de fondo planteadas por las partes y resueltas en la sentencia conviene fijar la atención en dos aspectos concurrentes en la estructura de la resolución judicial impugnada. El Tribunal sentenciador sitúa la problemática jurídica del caso debatido partiendo del reconocimiento previo de dos cauces procesales diferenciados y autónomos: el del artículo 66 (“actos y acuerdos de las Entidades Locales que menoscaban competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades”) y el del artículo 65.1 (“acto o acuerdo de alguna Entidad Local [que] infringe el ordenamiento jurídico”) de la Ley 7/1985, a cuya regular utilización supedita la admisibilidad de las respectivas pretensiones. Ahora bien, en el caso aquí debatido, la tesis expuesta conlleva una contradicción en la propia estructura interna de la sentencia:

de un lado, se enjuicia un motivo de inadmisibilidad que no fue alegado por las partes en sus respectivos escritos reglados ni sometido a su consideración por la vía del artículo 43.2 LJ, y de otro, el fallo dictado, no obstante la apreciación positiva de la inadmisibilidad parcial de las pretensiones de la parte demandante, es globalmente desestimatorio, sin ninguna otra concreción.

Los procedimientos de control de legalidad de los actos y acuerdos de las Entidades Locales, como es bien sabido, han sido objeto de sustanciales mutaciones legislativas, aparte de la incidencia de la Constitución, que lógicamente se reflejan en el contenido de la jurisprudencia.

En la etapa anterior a la Ley 7/1985, de 2 abril (Decreto 24 junio 1955, Texto Refundido Ley de Régimen Local; RD Ley 3/1981, de 16 enero; Ley 40/1981, de 28 octubre), con unos u otros matices, la impugnación por la Administración del Estado de un acto o acuerdo de las Corporaciones Locales ante los Tribunales de Justicia presupone la suspensión del mismo, de tal manera que el núcleo de la controversia sobre la validez del acto originario queda desplazado al acto mismo de la suspensión y por ello se afirma que el acto contra el que se dirige la pretensión procesal es aquel que es objeto de suspensión (ATS 15 julio 1988 [RJ 1988, 6078], STS 13 noviembre 1990).

La promulgación de la Ley 6/1985, de 2 abril (arts. 65 y 66), opera además de los cambios sustantivos una importante innovación en el sistema procesal a cuyo tenor —salvo la excepción prevista en el art. 67—, las impugnaciones en sede jurisdiccional discurren por los cauces ordinarios como la de cualquier otro acto administrativo de la Entidad Local recurrido por los particulares o por la Administración del Estado. Ello no obsta a que tenga que seguir manteniéndose la doctrina expuesta en la STS Rev. de 23 noviembre 1989 (RJ 1992, 4970), en cuanto afirmaba que la interposición del recurso contencioso-administrativo por la iniciativa del representante procesal (Abogado del Estado) sin una declaración de voluntad al respecto del órgano a quien la Ley entrega la competencia para la impugnación de estos actos o acuerdos, adolece de un defecto insubsanable en su planteamiento y la personación está vacía de contenido.

La falta de formulación inequívoca de esa declaración de voluntad —como es, v.gr., la comunicación unida a remisión de antecedentes expresando “a fin de que por V.I. se proceda a la impugnación... *si procede*”—, es lo que sirve de fundamento para reafirmar la inadmisibilidad de las correspondientes pretensiones en las SSTS 22 julio 1983 (citada en la sentencia de instancia), 17 octubre 1984 (RJ 1984, 6190), 12 noviembre 1984 (RJ 1984, 6211), 21 mayo 1987 (RJ 1987, 5831), 23 noviembre 1989 y otras.

Ahora bien, una cosa es la constatación de la declaración de voluntad a cargo del órgano administrativo que tiene atribuciones para *promover* la actuación jurisdiccional y otra distinta pretender que el órgano a cuyo través tiene que materializarse aquel preceptivo impulso esté formalmente constreñido en el *qué* y el *cómo* de su actuación dentro del proceso, y teniendo que sujetarse a la literalidad de expresión de dicha declaración de voluntad, tanto en la fijación del acto como en la motivación jurídica de su impugnación.

Conforme a su normativa reguladora, los Abogados del Estado ostentan institucionalmente la doble función de la “representación” y la “defensa” del Estado (art. 447 LOPJ, y Reglamento de 27 julio 1943), lo que con abstracción de los matices inherentes a su estructura jerarquizada y la integración en la Administración del Estado, comporta que su capacidad de postulación procesal pueda desarrollarla defendiendo en derecho los intereses públicos que le son confiados conforme al buen criterio de su especialización profesional.

Esta matización, requerida por el contenido intrínseco de la “defensa jurídica”, encuentra respaldo normativo en la legislación específica, ya destacado en la STS 3.ª 1 de 4 diciembre 1990 (RJ 1990, 9570). En efecto, el Estatuto de los Gobernadores Civiles aprobado por RD 3117/1980, de 22 diciembre, relaciona entre sus facultades la de “*promover* la interposición de los recursos y el ejercicio de las acciones correspondien-

tes en defensa de la Constitución y el Ordenamiento Jurídico...” —art. 11.i)—. Facultad de promoción que es previa y no asimilable a la de postulación y defensa en juicio ante los Tribunales asumida por el Abogado del Estado, en cuya tarea este último puede desarrollar su estrategia de defensa con criterio propio, en tanto no desnaturalice el objeto del requerimiento recibido del órgano “promotor”.

A partir de las anteriores reflexiones debemos enjuiciar ahora la valoración crítica de la sentencia que con relación a este apartado formula el Abogado del Estado, en cuya tarea, sin dejar de reconocerse que las reclamaciones de esta naturaleza inciden en la esfera de autonomía de los Entes Locales, debe ponderarse también, como hace la STS 3.ª 1 de 4 diciembre 1990, que como titular del derecho a la tutela judicial efectiva asiste a la Administración la garantía sancionada por la doctrina constitucional de que en la satisfacción de este derecho se prescinda de formalidades que no tengan un auténtico carácter de presupuesto procesal ni constituyan por su irreversibilidad o no susceptibilidad de subsanación un impedimento para la solución de fondo del proceso (art. 11 LOPJ).

Así las cosas, entendemos que la comunicación reseñada, dirigida por el Delegado del Gobierno en Castilla-La Mancha al Abogado del Estado Jefe en el TSJ de dicha Comunidad Autónoma (acto decisorio de inexcusable pronunciamiento previo al ejercicio de la facultad de postulación y defensa por el Abogado del Estado), ha de ser estudiada precisando si impone limitaciones a los medios jurídicos de impugnación del repetido “Acuerdo Marco” que sean deducibles bien del contenido formal del requerimiento o de la exposición que sirve de antecedente.

La sentencia recurrida detecta tales limitaciones en una doble faceta: como límite impuesto a la vía impugnatoria, que está constreñido a la que se recoge en el artículo 66 de la Ley 7/1985, excluyendo a *contrario sensu* los supuestos del artículo 65 de la misma Ley; y como exclusión directa expresa de la impugnación en sede jurisdiccional del tema de la legitimación de la Junta de Personal con capacidad representativa negociadora.

Refiriéndonos inicialmente al segundo aspecto de los dos anteriormente indicados se observa que la conclusión a la que llega el Tribunal sentenciador resulta excesivamente restrictiva, ya se tome en cuenta la parte formal del requerimiento en el que no se establecen limitaciones o condiciones explícitas de aquella naturaleza, o bien se analice la frase de la parte expositiva en la que pone acento la sentencia (“todo ello sin entrar en la cuestión de la legitimación de la parte funcional para negociar planteada igualmente en el informe de la Secretaría General”); que no debe interpretarse en su contexto expositivo como coartadora de las facultades del Abogado del Estado en el ejercicio de su postulación procesal y defensa jurídica. El párrafo cuestionado viene a indicar implícitamente que los motivos legales de impugnación no quedan reducidos a los que pormenorizadamente se analizan con respecto a los artículos 8, 18 y 22 del Acuerdo Marco, sino que existen otros como el de la legitimación que la Delegación del Gobierno no tiene por qué explicitar al dirigirse al órgano especializado en la defensa jurídica ante los Tribunales.

El otro aspecto se refiere a las limitaciones derivadas de la invocación explícita del artículo 66 de la Ley 7/1985, que excluiría del proceso conforme a la tesis unilateralmente traída a consideración en la sentencia, cualquier vicio invalidante que no se incardine a los supuestos contemplados en dicho artículo, excluyendo por tanto los del artículo 65.

No es necesario ahora plantearse en toda su extensión la virtualidad de la tesis nominalista según la cual las facultades de postulación procesal del Abogado del Estado, en la materia que analizamos, están predeterminadas por el estricto contenido formal del requerimiento, así en la vía impugnatoria utilizable (art. 65 y/o art. 66 de la Ley 7/1985) como en los extremos singularizados que deban ser objeto de impugnación. Basta recordar, con la STS 3.ª 5, de 12 marzo 1990 (RJ 1990, 3404) el grado de conexión existente entre los repetidos artículos 65 y 66 de la Ley y la relatividad de los conceptos que en ellos se manejan, abstracción hecha de sus matices procedimentales.

Volviendo sobre el problema específico aquí enjuiciado en primer lugar, no se comprende bien la coherencia lógica entre la tesis del F. 2.º de la sentencia a propósito de la nulidad del artículo 17 del Acuerdo Marco sobre facultades de la Junta de Personal (“... este motivo podía ser articulado a través de la vía impugnatoria del artículo 66, en cuanto regula materia que afecta directamente a la competencia del Estado...”) y la desarrollada en el F. 1.º sobre nulidad total del Acuerdo por carencia de facultad negociadora de la Junta de Personal (“... aspecto que escapa del específico control previsto en el artículo 66 de la Ley 7/1985, por ser tema que no afecta a las competencias del Estado...”). Menos se comprende aún que sea objeto de debate si determinadas estipulaciones del Acuerdo Marco invaden o no competencias privativas del Estado y se vede al mismo tiempo el enjuiciamiento de un punto esencial y previo como es el de la extralimitación de competencias del Ayuntamiento al homologar y reconocer eficacia jurídica a un pacto concertado por quienes carecen de capacidad negociadora.

La participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios a través de la negociación colectiva opera, como es sabido, mediante la constitución de las Mesas de negociación a que se refieren los artículos 30 y 31 de la Ley 9/1987. Claramente se infiere de los citados preceptos que el reconocimiento de capacidad representativa de los funcionarios queda circunscrito a las organizaciones y entidades sindicales que en ellos se mencionan con exclusión de las Juntas de Personal cuyo cometido, por otra parte, fijado por la Ley, es ajeno al propio de la negociación colectiva (cfr. art. 9.º). Como dice el Abogado del Estado en el escrito de demanda, la Ley 9/1987 al abordar la regulación de la negociación colectiva en el seno de las Administraciones públicas podía sindicalizar o no su ejercicio, pero al haberlo sindicalizado no permite que las Juntas de Personal formen parte de las Mesas de Negociación.

Hace especial hincapié la parte apelada en que “no es que la Junta de Personal negociara el Acuerdo Marco con el Ayuntamiento de Talavera de la Reina excediéndose de sus competencias sino que los Sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma y los que obtuvieron más del 10 por 100 de los representantes en las elecciones estuvieron representados en dichas negociaciones por los miembros de dichos sindicatos que a su vez forman parte de la Junta de Personal del Ayuntamiento, con lo que se dio perfecto cumplimiento a los artículos 30 y 31 de la Ley 9/1987, de 12 junio”.

La tesis precedente aparece contradicha por la realidad documental incorporada al expediente administrativo y a los autos de instancia. En el “Convenio Marco” figura como parte contratante los miembros de la Junta de Personal, actuando con voz propia y sin alusión directa o indirecta al mandato o delegación que hubieran podido recibir de las organizaciones sindicales legalmente investidas de capacidad negociadora. Y no se trata de apreciaciones más o menos formalistas nacidas desde la distancia de la sede jurisdiccional, pues la primera iniciativa impugnatoria emana de un órgano de tan cualificada intermediación y conocimiento del medio como es el fedatario municipal en cuyo informe destaca como primero y fundamental motivo de reserva de legalidad el de la extralimitación competencial de la Junta de Personal firmante del Convenio. A mayor abundamiento, el texto del artículo 17, donde trascendiendo del repertorio legal de facultades del artículo 9.º de la Ley 9/1987, se define a la Junta de Personal como “el órgano de representación y negociación de los funcionarios del Ayuntamiento de Talavera de la Reina” y se le atribuye entre otras funciones la de “participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”, muestra el claro propósito de intentar dotarle de un *status* permanente propio, sin conexión con las organizaciones sindicales legitimadas para negociar.

La naturaleza del defecto apuntado constituye causa invalidatoria del Convenio Marco y determina la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación del mismo por parte del Ayuntamiento, que habrá de producir sus efectos con el límite marcado en el artículo 120 (texto antiguo) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La declaración de nulidad total del “Convenio Marco” hace innecesario entrar en

el examen de los motivos de nulidad parcial tratados en la sentencia, en particular los referidos a los artículos 8.º (servicios extraordinarios), 18 (vacaciones regladas) y 22 (fomento de jubilación anticipada). Por otra parte, hemos dicho en la STS 3.ª 7 de 22 octubre 1993 (RJ 1993, 7544) que el marco de contractualidad en este sector está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo de la correspondiente relación bilateral y que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de "mínimos", sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal.

Dados los términos del artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a formular declaración expresa de condena en costas.» (*Sentencia de 5 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4315.*)

VII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

A) Colegios profesionales. Potestad disciplinaria. Necesidad de interpretación favorable a la misma en razón de los fines que cumple. Principio de relación especial de sujeción.

«A tenor de dicha doctrina hay que afirmar que el ejercicio de potestades públicas por los Colegios profesionales es normal en nuestro Derecho y viene consagrado por el ordenamiento jurídico, debiendo entenderse que una interpretación restrictiva de la potestad disciplinaria debe considerarse antisocial y, por tanto, contraria a todas las reglas que inspiran el ordenamiento, al ser la citada potestad la única ejercida sobre los profesionales liberales para la vigilancia y mejor cumplimiento de sus deberes en cuanto tales. Pues de no existir dicha potestad de los Colegios, los profesionales liberales no estarían sometidos a poder disciplinario ninguno. En consecuencia, dicha potestad disciplinaria debe interpretarse de modo amplio, de manera que suponga un robustecimiento de los poderes públicos del Colegio profesional.

La invocación de esta doctrina es básica para resolver un proceso como el que ahora debe dilucidarse, pues teniéndola en cuenta se está en mejores condiciones de juzgar sobre el significado y la finalidad de la potestad disciplinaria de las organizaciones profesionales, lo cual es un obligado presupuesto de la resolución que se adopte respecto al ejercicio de esa potestad en los casos límites.

Una vez recordada la doctrina anterior, para la mejor solución del caso de autos, hay que referirse al fundamento de la potestad disciplinaria de los Colegios de farmacéuticos precisamente en los términos en que se plantea con total acierto por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 junio 1992.

A tenor de dicha sentencia cuya doctrina respecto a aquel fundamento debe ser asumida plenamente por la Sala, la potestad disciplinaria de los mencionados colegios encuentra su fundamento en la Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre colegios profesionales vigente. Esta alude en su artículo 5.º, apartado i), al ejercicio de la potestad disciplinaria, que debe ejercerse de acuerdo con los estatutos colegiales. En el caso de la profesión que nos ocupa dichos estatutos fueron aprobados por la Orden 28 septiembre 1934, evidentemente preconstitucional y sobre cuya aplicación no cabe duda alguna.

Ahora bien, la mencionada Orden 28 septiembre 1934 se limita a establecer en su Base XXVII que se consideran faltas graves las que constituyan un desacato a las órdenes y acuerdos de los colegios cuando su incumplimiento irroge perjuicios materiales o morales a la colectividad. Resulta, pues, que se hace de forma plenamente válida una regulación genérica de las infracciones en este concepto, que cubre desde luego los supuestos de vulneración de las órdenes o acuerdos aprobados por las organizaciones colegiales.

Pero si hasta este punto del razonamiento la cuestión debe resolverse de forma pacífica, las dificultades comienzan cuando se trata de apreciar si la tipificación de la falta descendiendo a los máximos niveles de concreción se ha hecho adecuadamente en el caso de autos. Pues resulta que desde luego no existe una norma con rango de Ley que haya declarado infracción administrativa el incumplimiento de los acuerdos de los Colegios de Farmacéuticos relativos a turnos de vacaciones, tanto si se trata del supuesto de incumplirlos cerrando la farmacia cuando debía permanecer abierta como si se trata del caso inverso, es decir, de la apertura de la farmacia cuando según el turno correspondiente debía encontrarse cerrada al público.

Desde luego, el juicio sobre esta cuestión central envuelve, por supuesto, el pronunciamiento sobre si la finalidad de los acuerdos colegiales para establecer el turno de vacaciones persigue un objetivo particular como es el de que estando abierta la farmacia se encuentre al frente de ella un titulado superior, o bien persigue exclusivamente el equilibrio entre los intereses económicos de los colegiados, o bien por último tiene por objeto la ordenación de la actividad para obtener un mejor servicio público.

Este punto resulta decisivo en el presente proceso, ya que se relaciona de forma íntima con los intereses tutelados por los Colegios profesionales, en los que se confunden el interés público reconocido por las leyes que les otorgan el carácter de corporaciones con los intereses privados de sus miembros.

Pues bien, para disponer de todos los elementos de juicio sobre la solución del problema planteado, debe recordarse que los colegios provinciales de farmacéuticos tienen potestad para ordenar, tanto con carácter general como especial, los horarios de servicio público de las oficinas de farmacia, los turnos de guardia y servicios de urgencia y los de vacaciones. Así se desprende de forma inequívoca de la Orden 17 enero 1980, la cual atribuye esta potestad en su artículo 7.º, párrafo primero, disponiendo en el segundo que la ordenación se hará de acuerdo con las necesidades asistenciales y sanitarias de la población, es decir, siguiendo criterios de servicio público.

No puede pretenderse, por tanto, que el incumplimiento de los acuerdos colegiales en la materia se refiera a una obligación no establecida por el ordenamiento jurídico, ya que por el contrario éste la determina claramente otorgando una potestad pública para el mejor cumplimiento de un servicio público.

Llegados a este punto del razonamiento debe reconocerse que, en efecto, la concreción en virtud de la cual se considera una infracción el incumplimiento de estas obligaciones no se encuentra establecida por norma debidamente publicada con rango de Ley. Por el contrario, la citada concreción deriva de lo establecido en el Reglamento de cada Colegio concreto, aprobado por el Consejo General de Colegios de acuerdo con lo dispuesto a su vez en el Reglamento de dicho Consejo aprobado por Orden 16 mayo 1957.

No obstante, debe entenderse que la repetida concreción es plenamente conforme a Derecho dadas las características de la relación jurídica existente entre los Colegios profesionales y sus miembros o colegiados. Pues, en efecto, dicha relación no es la habitual que consiste en una situación general de supremacía a la que corresponde una situación general de sujeción, sino la que se caracteriza por la doctrina como una relación de supremacía especial con la que se corresponde una relación especial de sujeción.

La pertenencia a los Colegios profesionales implica que, mediante la solicitud de colegiación, se pide por el interesado ser admitido en el ámbito profesional. Al dar

de alta al peticionario el Colegio profesional emite un acto típico de admisión administrativa en virtud del cual el solicitante queda incorporado a la colectividad con todos los derechos que ello implica, pero también con todos los deberes que lógicamente y normalmente se derivan de la pertenencia al colectivo en cuestión. Entre estos deberes se encuentra muy señaladamente la sumisión a la potestad disciplinaria del Colegio, tanto más cuanto que como se recordaba en nuestra Sentencia ya citada de 11 noviembre 1992, al menos en el caso de los profesionales liberales, se trata de la única potestad disciplinaria ejercida válidamente sobre personas cuya conducta involucra de modo obvio la satisfacción del interés público.

La existencia de relaciones especiales de sujeción y la aplicación de la teoría relativa a las mismas ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien manteniendo desde luego que la disminución de garantías que eventualmente pueda implicar debe interpretarse de modo restrictivo. En este sentido son de tener en cuenta las antes citadas Sentencias de 21 diciembre 1989, 29 marzo 1990, 10 diciembre 1991 y 28 febrero 1994. Singularmente la primera de ellas afirma de modo expreso que el alcance de la reserva de ley consagrada en el artículo 25 de la Constitución pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, si bien declara que incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva de los derechos fundamentales que consagra la Constitución. Dicha sentencia establece también que en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial la remisión a los acuerdos de las Juntas definidoras de los deberes relacionados con la profesión ha de considerarse plenamente admisible. Por último se añade que ante la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve que las normas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos.

En la sentencia que se viene citando se concluye que sin perjuicio de la conveniencia de que los órganos competentes refuercen el nivel de previsibilidad del ordenamiento disciplinario corporativo, la aplicación de normas aprobadas por acuerdos de las Juntas para calificar como infracción las conductas no vulnera el principio de reserva de ley en la materia que se establece en el artículo 25.1 de la Constitución.

La conclusión que se deriva de ello es desde luego que no puede entenderse aplicable a esta relación el artículo 25.1 del texto constitucional, en el sentido de exigir que la última tipificación de la infracción se haga por ley, ya que aquel precepto se refiere a las infracciones y sanciones que existen como consecuencia de una relación de supremacía general y no de supremacía especial, con la correlativa situación especial de sujeción. Así hay que entenderlo en este caso, como se ha entendido en otros análogos al aprobar normas sin rango de ley que tipificaban infracciones y sanciones en el ámbito de un Colegio profesional, como sucede en el caso del Estatuto de la Abogacía. Por otra parte, ésta es la interpretación común en nuestro derecho a propósito de relaciones especiales de sujeción como la propia de los funcionarios públicos en la que no se exige ley para la última tipificación de la conducta considerada como infracción disciplinaria.

La consideración anterior resulta reforzada por el razonamiento de que si en ciertas relaciones especiales de sujeción no es necesaria la aplicación estricta hasta el último extremo del artículo 25.1 del texto constitucional, la igualdad entre relaciones de este tipo impone la no aplicación en las de carácter análogo.

De ahí se sigue que debe entenderse válidamente ejercida la potestad disciplinaria por el Colegio profesional en el caso de autos. Se ha producido en el supuesto el incumplimiento de un acuerdo colegial adoptado en el uso legítimo de las potestades públicas otorgadas al Colegio para velar por el interés público, no siendo obstáculo para que esto sea una realidad que concurren en el uso de estas potestades la persecución de los intereses públicos con otras finalidades instrumentales como la de que haya un titulado al frente de la farmacia e incluso el equilibrio del interés

económico de los colegiados. Pues lo cierto es que resulta una característica típica de los colegios profesionales en nuestro derecho que se superpongan intereses públicos y privados, lo que sin duda ha sido querido o consentido por el legislador, debiendo atender esta jurisdicción a la protección del interés público, el cual exige, como repetidamente se ha dicho, llevar a cabo una interpretación extensiva de las potestades disciplinarias de los colegios.

Por tanto, a la vista de los razonamientos que se contienen en este fundamento de derecho y en los anteriores, procede no acoger el primer motivo de casación invocado.» (*Sentencia de 17 de junio de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 5085.*)

B) ONCE. Naturaleza jurídica de ente corporativo. Carácter laboral de las relaciones entre la ONCE y sus empleados.

«Es objeto de esta apelación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del 4 octubre 1991, que estimando el recurso interpuesto por los recurrentes anuló la Resolución del Pleno del Consejo General de la Organización Nacional de Ciegos de fecha 2 noviembre 1989.

La sentencia impugnada llegó a su decisión considerando el carácter de Administración Institucional, de estructura fundacional de la ONCE, y el modo de integración en la misma del demandante, desechando la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la nombrada Organización en su contestación, que había entendido que la cuestión debió someterse a la Magistratura de Trabajo. Siendo esa excepción de incompetencia jurisdiccional, el centro de las alegaciones apelatorias del entonces demandado, y por tanto lo que determina la cuestión a resolver por este Tribunal.

La solución a que llegó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede ser compartida, pues si bien es cierto que en la regulación de la Organización Nacional de Ciegos existente hasta el Decreto 22 mayo 1981, preponderaba su carácter fundacional, derivado de la creación por el Consejo de Ministros (13 diciembre 1938), estructura organizativa fijada por el fundador, quien designaba los miembros del órgano de gestión y representación —Consejo Superior de Ciegos y Jefe de la Organización—, siendo tan intensa la intervención estatal en el régimen y funcionamiento, que ello explicaba que la jurisprudencia de este Tribunal viniera admitiendo sin problemas, el carácter administrativo de las relaciones que unían a la Organización con sus empleados, atribuyendo el conocimiento de las cuestiones afectantes a dicha relación a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (así, en Sentencias de 1 diciembre 1969 [RJ 1969, 5700], 26 febrero 1972 [RJ 1972, 929] y 15 julio 1983 [RJ 1983, 4059]), sin embargo, a partir de la publicación del Decreto 1041/1981 que derogaba al de 13 de diciembre de 1938, puede observarse un cambio de criterio en la doctrina jurisprudencial en función de la variación de estructura y régimen de la Organización de Ciegos, introducida por la nueva regulación, en la que aquella ha pasado a adoptar una naturaleza asociativa, que determina su encuadramiento entre las Corporaciones Públicas, según pone de relieve la Sentencia de este Tribunal del 30 junio 1987 (RJ 1987, 4675), que destaca la concurrencia en la nueva estructuración de la ONCE, de las notas esenciales características de los entes asociativos, tales como los de patrimonio y recursos propios —art. 3.º— y gestión mediante un órgano representativo de sus asociados, designado, por y entre los afiliados, mediante votación secreta —art. 4.º—, y la de que la dependencia de la Administración Estatal está prevista, no bajo las reglas de la jerarquía o tutela, sino de las de protectorado, que es una posición estatal típica respecto de las fundaciones privadas de interés público, lo que da un carácter *sui generis* a la Corporación ahora contemplada. De modo que viene a actuar la ONCE, más

que como una Administración Pública, simplemente como una entidad colaboradora, pudiendo atribuirse a sus actos el carácter de administrativos, sólo en aquellos supuestos en que deriven de una actuación relativa a materias públicas objeto de la específica delegación de la Administración. Materias entre las que no se encuentra una razón válida para que se incluyan las dirigidas al nacimiento o extinción de las relaciones entre la ONCE y su personal empleado, al referirse éstas a aspectos de la entidad en los que prepondera el interés privado, y que han de regirse por el Derecho Laboral, según puede deducirse también, de la expresa mención que se hace en el apartado *h*), número 4, del artículo 4.º del Decreto 1041/1981, entre las facultades del Consejo General de la ONCE, de la de representar a la Organización en la negociación con los Sindicatos más representativos, en todas las materias relativas a las condiciones de trabajo, conforme a lo establecido sobre la negociación colectiva en el Estatuto de los Trabajadores.

Finalmente, recuerda la STS, 3.ª, 7.ª de 25 mayo 1993 y el Auto 3.ª, 7.ª de 16 octubre 1993 (RJ 1993, 7255) que, con carácter especial, su actividad está sujeta a un régimen jurídico público, que se aplica en relación con las facultades jurídicas delegadas, que deben venir formuladas en las distintas normas jurídicas de aplicación, entre las que no se encuentran, en lo que respecta al caso que nos ocupa, lo relativo a la relación entre la ONCE y sus empleados.

En conclusión, el carácter administrativo que pudiera atribuirse a la relación establecida entre los recurrentes y la ONCE, en el momento de su integración a la entidad, al amparo del Decreto 13 enero 1938, y del Reglamento Interno de 1970, y los derechos que derivaron de tal situación, no comprendían el de impedir que el Estado, a través de norma de rango suficiente, como en el del Decreto 1041/1981, pudiera transformar la naturaleza jurídica del Organismo a que venía sirviendo, y consecuentemente variar el régimen jurídico de las relaciones entre el ente y sus servidores, que es lo que ha acontecido en el caso que ahora se decide, pasando de uno de Derecho administrativo a otro de tipo laboral. Por ello debió prosperar la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el demandado, procediendo, en consecuencia, la revocación de la sentencia apelada, y la estimación de la excepción en su día opuesta por la entidad demandada.» (*Sentencia de 20 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4438.*)

VIII. ADMINISTRADO

Capacidad de obrar. Menor de edad. Se reconoce la capacidad testifical a alumno menor de edad en un expediente sancionador por conductas acaecidas en su centro de enseñanza. La titularidad de derechos reconocida al alumno dentro del centro conlleva la exigencia de deberes y la admisión de su capacidad de obrar.

«La potestad de autotutela de la Administración en el ámbito sancionador tiene su límite más exigente en la presunción de inocencia, tal presunción supone sólo que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanza de los hechos en que consiste. Pero el derecho a la presunción de inocencia no permite calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas no la apreciación que de ellas se haya hecho (Sentencia Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 octubre [RTC 1983, 77]). En el presente caso, hubo una prueba de cargos formalmente válida —la declaración de una alumna de COU, identificada con su nombre y apellidos—, que constituye ese mínimo de actividad probatoria, bastante para romper la presunción de inocencia. El Ministerio Fiscal considera que las de-

claraciones de testigos e inculpados en el expediente sin la asistencia de sus padres o tutores, habida cuenta de su minoría de edad, desvirtuaría su aptitud para romper la presunción de inocencia. Esta Sección, sin embargo, entiende que tal asistencia no es exigible en el presente caso, pues el expediente disciplinario se incoa a unos alumnos de un Instituto de Bachillerato en su condición de tales, respecto del que tienen unos derechos y deberes acompasados a su situación de alumnos menores de edad y a su esfera de discernimiento y responsabilidad. Así, en la misma medida que pueden —por sí mismos— exigir el escrupuloso cumplimiento de los deberes que, como miembros de la comunidad educativa, les impone el citado Real Decreto, con las consecuencias que su incumplimiento conlleva, acomodadas a su edad y situación de estudiantes.» (*Sentencia de 9 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4370.*)

IX. LIBERTADES

A) *Libertad de expresión y televisión por cable. De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 31 y 47/1994, se anula el expediente sancionador y precintado a una emisora que emite sin concesión.*

«Sintetizados en el fundamento anterior los términos del debate, debemos señalar que la recientísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 31/1994, de 31 enero (RTC 1994, 31) (“BOE” de 2 de marzo), y 47/1994, de 16 febrero (RTC 1994, 47) (“BOE” de 17 de marzo), ha abordado, en especial la primera, la solución de litigios totalmente similares al actual, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo quinto.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hemos de atenernos a la doctrina proclamada en dichas sentencias, como ya lo hemos hecho en ocasiones recientes (STS 11 mayo 1993 [RJ 1993, 5122]), a la que se ajusta la tesis de la sentencia apelada, en cuanto considera cuestión de mera legalidad ordinaria la que se sometió a su decisión, e inexistente la vulneración del artículo 20.1 CE, debiendo prevalecer frente a ella su contraria, con el consecuente éxito del recurso.

En la primera de las sentencias citadas se da contestación a argumentaciones similares a las que antes han quedado extractadas, referidas a la imposible consideración de la televisión por cable como servicio público de monopolio estatal, a la no aplicación de la técnica concesional para la explotación de la televisión por cable, y a la inconstitucionalidad del artículo 25.2 LOT en cuanto a dicha televisión, bastando con que nos remitamos a los Fundamentos de Derecho 4.º y 5.º de la misma como respuesta a esos planteamientos del apelante.

Pero al mismo tiempo en los fundamentos 6.º y 7.º se refiere la sentencia constitucional a los límites constitucionalmente posibles de la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva por cable, y a las consecuencias de la falta de regulación del régimen de la misma, concluyendo la argumentación con la proclamación de que la ausencia de regulación legal de aquella actividad, afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental, como son los reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE, pues supone “la prohibición lisa y llana de aquella actividad, que es ejercicio de la libertad de comunicación, que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable”; y que “sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto éste no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa —de imposible consecución, por demás— el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el artículo 20.1 a) y d) CE”.

Constatada la lesión del derecho fundamental, cuya tutela se pretende, por la aplicación de la doctrina que se acaba de referir, se impone el éxito de la apelación, la revocación de la sentencia apelada, y la estimación del recurso contencioso-administrativo que la misma desestimó.» (*Sentencia de 14 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4423.*)

B) Derecho de huelga. Comedores escolares. Servicios mínimos. Especial protección a quienes son los integrantes más frágiles y necesitados de protección. Proporcionalidad de los servicios mínimos establecidos.

«La Confederación Sindical de Comisiones Obreras impugna por los trámites procesales previstos en la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, la Resolución conjunta de las Delegaciones Provinciales de Trabajo y Educación y Ciencia de Sevilla de la Junta de Andalucía de 31 octubre 1991 que fijaba los servicios mínimos a cumplir por los trabajadores del personal de cocina de los comedores escolares de la Consejería de Educación durante las huelgas de 24 horas convocadas para los días 5 y 12 de noviembre de 1991, resolución que entiende vulnera el derecho constitucional a la huelga reconocido en el artículo 28 de la Constitución con la limitación de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Los servicios mínimos establecidos por las Delegaciones fueron aquellos que garanticen la continuidad del servicio de comedor escolar con la presencia al menos de una persona, de lo que puede inferirse que se fijaron con este carácter la presencia de un trabajador por comedor escolar, que se encargase de proveer comida, sin perjuicio de que fuese servida comida fría.

En los apartados 4.º y 6.º del escrito de demanda se razona que el total de trabajadores afectados por la huelga en la provincia de Sevilla eran, entre cocineros y ayudantes, de 137 trabajadores y 80 los centros de trabajo, por lo que no se ha observado el principio de proporcionalidad e impedido a otros tantos empleados observar la huelga en perjuicio de su derecho constitucional y de la eficacia de la misma. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 junio 1990, la solución sobre el siempre difícil problema de la proporcionalidad no puede pasar por una relación de índole porcentual sobre la composición de una plantilla ni puede dudarse que en singulares supuestos los servicios mínimos pueden determinar la presencia inexcusable de un alto porcentaje de trabajadores y en otras el índice porcentual sea más bajo. En el presente caso nos encontramos en un singular supuesto de que al estimar la Administración, que vela por los intereses generales de la comunidad, la necesidad de que los comedores escolares no sean cerrados durante la huelga es imprescindible que cada uno de ellos sea atendido por una sola persona.

En los apartados 5.º, 7.º y 8.º de la demanda se contesta a la Administración cuando ésta razona en su resolución que "la naturaleza alimentaria" del servicio que se presta en los comedores escolares y los "efectos de la salud de los afectados" en edad escolar que supondría el cierre de los comedores, en el sentido de que sólo cuatro centros son residencias escolares y el resto no poseen este carácter limitándose en sus comedores a servir el almuerzo a los alumnos cuyos padres lo hubiesen voluntariamente solicitado. Estima que estos alumnos que resultarían afectados por el cierre de los comedores pueden suplir sus servicios llevando de sus casas un bocadillo para almorzar o dejar de ir al colegio durante estos días como ocurriría en caso de huelga de profesores. Aunque el Comité de Libertad Sindical de la OIT sólo considera como servicios que no deben interrumpirse en su prestación a aquellos que podrían poner en peligro la vida, la seguridad y la salud de las personas, la doctrina jurisprudencial, recogida en la sentencia ya mencionada dice que el Tribunal

Constitucional ha formado un cuerpo de doctrina en materia, del que son expresión la Sentencia de 3 febrero 1989 (RTC 1989, 27) y las en ella citadas 11/1981 (RTC 1981, 11), 26/1981 (RTC 1981, 26), 33/1981 (RTC 1981, 33) y 51/1986 (RTC 1986, 51), de la que se desprende que el derecho a la huelga es un derecho fundamental que puede experimentar limitaciones y restricciones por razón de su conexión con otros derechos o bienes constitucionales protegidos. El carácter de servicios esenciales para la comunidad que deben ser mantenidos (que no es lo mismo que asegurado su normal funcionamiento) no conduce en caso alguno a obstruir tal derecho a la huelga, por eso se encomienda a la autoridad gubernativa el señalamiento de tales servicios mínimos. La cuestión litigiosa queda finalmente circunscrita a determinar si la Administración actuó de forma correcta al exigir el mantenimiento del funcionamiento de los comedores escolares, con un solo operario que se limitase a proporcionar a los alumnos una comida fría, en vez de la normal, durante los días de huelga de los operarios o vulneró este derecho constitucional. Estimamos que privar a los escolares de la asistencia a sus clases o del almuerzo a mediodía de forma total, vulnera los derechos constitucionales a la salud y a la educación, en proporción no vital si se trata de sólo dos días de huelga, y en supuestos como el presente de colisión del derecho a la huelga con aquellos que ostentan quienes son los integrantes más frágiles y necesitados de protección de la sociedad, como son los niños, debe prevalecer, en cuanto sean incompatibles, como en el presente caso en los términos que plantea la Central Sindical actora, el derecho constitucional de los más débiles y por ello estimamos correcta la resolución impugnada que no vulnera la Constitución.» (*Sentencia de 20 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4429.*)

C) Libertad de empresa. Ordenanza municipal que impone distancias mínimas y otras limitaciones para actividades reguladas en el Reglamento General de Espectáculos Públicos. Validez de la norma al proteger otros intereses públicos.

«Se postula también, en diversas alegaciones, la nulidad de la Ordenanza Municipal en bloque, invocando varios principios constitucionales. La alegación de los mismos —ya rechazada razonadamente en la sentencia apelada— resulta genérica y con escaso desarrollo, sin que se ofrezcan argumentos concretos referidos a cada uno de los preceptos de la Ordenanza o a su hipotética extralimitación, por lo que consiente una respuesta global también sucinta por parte de esta Sala a todas las cuestiones planteadas, que necesariamente ha de ser desestimatoria por las siguientes razones:

a) Si la Ordenanza impugnada contraviniera la Constitución sería anulada por este Tribunal sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna, por lo que la pretensión de la apelante en el sentido de que planteemos tal cuestión debe ser rechazada; *b)* La Ordenanza que —en contra de lo que se afirma— no define infracciones administrativas, se enmarca claramente, como una de las tradicionales ordenanzas de policía y buen gobierno, dentro de las competencias municipales (tal y como afirmó la Sentencia de esta Sección de 15 junio 1992 [RJ 1992, 5378]) y en el ámbito estricto del interés local (arts. 137 y 140 CE) y artículos 4.1.a), 25.2.a), b), d), f) y m) y 84 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que es posterior a la Constitución y desde luego resulta plenamente ajustada a la misma (STC 214/1989, de 21 diciembre [RTC 1989, 214]). También es clara la vigencia y regularidad constitucional del viejo Reglamento de actividades de 1961, interpretable e interpretado constantemente por esta Sala de conformidad con la nueva Norma Fundamental, careciendo de fundamento las ale-

gaciones contrarias a él que se efectúan en el recurso. Por otra parte, la Disposición Transitoria 2.ª de la citada Ley 7/1985 despeja —sin olvidar el artículo 25.2.m) de la Ley 7/1985— las dudas formuladas sobre las competencias municipales dimanantes del Reglamento de Espectáculos de 1982; c) Reconociendo, sin duda, el alcance europeo [art. 8.A) del Tratado CEE (LCEur 1986, 8)] del principio de libertad de empresa, no constituye infracción del mismo el sometimiento con la debida cobertura del modo o forma de ejercicio concreto de ciertas actividades empresariales (restaurantes, cafés, bares, tabernas y bodegas, clubs, bares americanos, “pubs”, discotecas, salas de baile, etc.) al cumplimiento de requisitos o condiciones urbanísticas o administrativas establecidas en forma general proporcionadas y congruentes para la protección y respeto de otros principios y finalidades igualmente protegidos. El artículo 38 de la Constitución —que tiene una dimensión indudable de garantía institucional— también comprende, a juicio de esta Sala, el derecho a concebir, establecer, mantener y disfrutar, en la libertad de una economía de mercado, de una actividad empresarial, pero tal derecho no excluye que el concreto ejercicio de la actividad resulte disciplinado por normas de muy distinto carácter, incluso —en el muy limitado ámbito en que las normas locales pueden moverse— por Ordenanzas municipales como la que se enjuicia. No debemos olvidar que el artículo 38 CE se debe interpretar siempre en conexión con los artículos 128 y 131 de la misma Norma Fundamental, siendo plenamente compatibles con él las plausibles medidas adoptadas en el caso para el mantenimiento de la calidad de vida y del medio ambiente (evitando los efectos aditivos de una excesiva concentración en el espacio de ciertos usos) y para la seguridad y tranquilidad en las vías públicas; d) La invocación del artículo 14 de la Norma Fundamental tampoco resulta fundada al citar ahora los talleres de reparación de automóviles como término de comparación ya que —además de estar también sujeta a intervención administrativa dicha actividad— no se demuestra la existencia en la misma de las circunstancias (prolongación de horarios de cierre, aparatos musicales de gran potencia y concentración excesiva de locales) que el Servicio de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza ha esgrimido en su informe de 11 de enero de 1988 para justificar la congruencia y proporcionalidad de las medidas urbanísticas adoptadas por vía de Ordenanza; y e) Es de señalar, por último, que no apreciamos que la normativa en examen incida ni afecte de ninguna forma a la subsistencia o validez de contratos de arrendamiento que se puedan haber concertado en el orden civil, por lo que las alegaciones en tal sentido también deben ser rechazadas.» (Sentencia de 22 de junio de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 5092.)

X. SEGURIDAD SOCIAL

Concierto. Partes legitimadas. No lo es la Federación empresarial de Farmacéuticos. Sí lo es la representación Colegial Corporativa.

«Por el primer motivo se denuncia interpretación indebida del artículo 107.4 de la Ley General de la Seguridad Social aplicable al caso (Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 mayo), argumentando que la sentencia recurrida relaciona indebidamente tal artículo con el 1.º.1 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 14 marzo 1967, obteniendo así una interpretación errónea y atemporal (art. 3.1 del Código Civil).

La Federación Empresarial recurrente defiende que el citado artículo 107.4 obliga a la Seguridad Social a concertar “con laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, los precios y demás condiciones

que deberán regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas". Se considera la Federación Empresarial de Farmacéuticos comprendida en la expresión "representación legal sindical" que contiene la norma en cuestión y concluye que el auténtico mandato normativo del artículo 107.4, dentro del espíritu hermenéutico que considera correcto, obliga a la Seguridad Social a contar con la recurrente como parte en la negociación del concierto.

Es indudable que el artículo 107.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, anterior a la Constitución, corresponde a un tiempo pretérito —como lo demuestra la mención que el mismo efectúa al extinto Sindicato Nacional de Industrias Químicas—, siendo también obvio que la mención de la norma a una "representación legal sindical" sólo puede ser aplicable —en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)— a los sindicatos y asociaciones empresariales que reconoce el artículo 7 de la Norma Fundamental. Ninguna duda existe, en fin, sobre la compatibilidad de la adscripción obligatoria a los Colegios de Farmacéuticos con la libertad de asociación o sindicación de los colegiados en defensa de sus intereses, sin que exista incompatibilidad o contradicción alguna entre los artículos 22, 28 y 36 de la Constitución. Pero siendo todo ello así, no se infiere de tal circunstancia —ni de las demás que extensamente se aducen en el motivo— la interpretación que defiende la recurrente en el sentido de que la voluntad normativa del artículo 107.4 de la Ley General de la Seguridad Social llame hoy a las asociaciones empresariales de farmacéuticos a participar también en los conciertos entre la Seguridad Social y las oficinas de farmacia, que es a lo que se contrae la denegación por silencio administrativo de la petición de 23 de febrero de 1987, impugnada en vía contenciosa.

El artículo 107.4 se debe interpretar —atendiendo al sentido propio de sus palabras y en relación con el contexto (art. 3.1 CC)— refiriéndolo a los laboratorios en cuanto a la "representación legal sindical" y a las oficinas de farmacia en cuanto a la "representación corporativa". Así lo corroboran los párrafos segundo y tercero del artículo 107.4 en cuestión, de cuyos concretos supuestos resulta que la representación de las farmacias se atribuye siempre en la Ley a vocales representantes del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, como confirma el párrafo final de la norma cuando expresa que si las diferencias afectasen exclusivamente a las relaciones con las farmacias, la totalidad de los vocales de la Comisión a que se refiere no representantes de la Seguridad Social serían designados por el Consejo General de Colegios Farmacéuticos.

No resulta, en consecuencia, que el artículo 1.º.1 de la Orden Ministerial de 14 marzo 1967 —que sirve desde luego de desarrollo reglamentario a la norma legal que se discute— resulte desajustado a la voluntad normativa de ésta cuando limita al Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos la representación en la Comisión para la negociación de conciertos entre la Seguridad Social y las farmacias. No debe olvidarse que también existió otra Orden Ministerial del mismo Departamento e idéntica fecha (14 marzo 1967) que, por su parte, llamaba a los representantes del antiguo Sindicato vertical al concierto entre la Seguridad Social y los laboratorios. Aunque la Orden Ministerial que acabamos de relacionar sí resulta derogada por la libertad sindical y la nueva Constitución, esta dualidad de desarrollo reglamentario refuerza si cabe la interpretación de la norma legal que se acaba de efectuar y muestra, *de lege data*, la total falta de cauce legal a la pretensión formulada en vía administrativa por la Federación hoy recurrente, tal y como correctamente ha entendido la sentencia recurrida. Consecuentemente, el primer motivo debe ser desestimado.» (*Sentencia de 4 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 4136.*)

XI. URBANISMO

*Gestión.*1. *Sistemas generales. Clasificación del suelo a efectos de valoración expropiatoria.*

«Por lo que respecta al resto del suelo expropiado, con excepción, según hemos recogido anteriormente también, de la superficie de 919,82 metros cuadrados de la parcela 73, considerado como urbano por el Jurado y valorado a razón de seis mil pesetas metro cuadrado, con lo que están conformes los propietarios expropiados recurrentes, el Plan General Municipal de Ordenación Urbana lo *clasifica* un tanto impropriadamente como "Suelo de Sistemas Generales", y que hemos de considerar, como ha hecho el propio Ayuntamiento de Zaragoza para otros terrenos con idéntica calificación en el mismo Plan General (certificaciones libradas por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza aportadas como prueba documental a los autos y obrantes a los folios 77 y 78 de éstos), como Suelo Urbanizable Programado, conclusión, por otra parte, idéntica a la que llegó esta Sala y Sección del Tribunal Supremo en su citada Sentencia de 29 enero 1994 (Recurso de apelación 892/1991, Fundamento Jurídico segundo), al estimar como suelo urbanizable el destinado a completar el sistema general viario del municipio que, como obra de infraestructura básica, ha de implantarse en suelo urbano o urbanizable según lo dispuesto por los artículos 12 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril, y 19, 20, 22, 23, 25 y 30 Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 junio, y ejecutarse por el sistema de expropiación conforme a los artículos 64, 65 y 134.2 del indicado Texto Refundido, y 194, 196.1 y 197 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, ya que como han declarado, entre otras, las Sentencias de esta Sala (Sección Quinta), de 12 febrero 1991 (RJ 1991, 948) y 11 marzo del mismo año (RJ 1991, 1982), los terrenos para las dotaciones que están al servicio de la generalidad de los ciudadanos han de obtenerse por expropiación, es decir, con cargo a un presupuesto al que contribuyan todos, sin perjuicio de las posibilidades que permite el artículo 46.3 del Reglamento de Gestión en el suelo urbanizable a través del aprovechamiento medio.

Es cierto, como decíamos también en nuestra Sentencia de 29 enero 1994, que el nuevo Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, permite, en su artículo 9, núm. 2, que los terrenos destinados a sistemas generales no sean objeto de clasificación específica de suelo, es decir, que no se adscriban a ninguna de las clases legalmente establecidas: urbano, urbanizable, apto para urbanizar y no urbanizable, sin perjuicio de que los de nueva creación, previstos en el planeamiento, se adscriban a las diferentes clases de suelo a los efectos de su valoración y obtención.

En el caso que nos ocupa, aun cuando la legislación vigente al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio no contuviese un precepto tan claro y terminante como el transcrito del vigente Texto Refundido acerca de la clasificación del suelo destinado a sistemas generales, sin embargo no imponía tampoco la necesidad de incluir el suelo reservado para tales sistemas en algunas de las clases que se establecían en el artículo 77 del anterior Texto Refundido de 1976 ni obligaba a adscribirlo a alguna de las clases previstas a los efectos de su valoración y obtención, por lo que hemos de estimar que, al ser los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección una de las determinaciones de cualquier Plan General Municipal de Ordenación —art. 12.1.b) del citado Texto Refundido de 1976— y concretamente incluirse (entre las previsiones para el suelo urbano y el urbanizable) el trazado y características de la red viaria y el desarrollo de los sistemas de la estructura general de ordenación urbanística del territorio —art. 12.2.1.e) y 2.2.a)—, debe llegarse a la conclusión de que el terreno expropiado no puede considerarse como suelo no urbanizable.

Por otra parte, el suelo urbano, según doctrina legal —Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo (Sección 5.ª) 30 enero 1991 (RJ 1991, 615), 8 julio y 29 noviembre 1991 (RJ 1991, 5763 y 9383), 21 enero 1992 (RJ 1992, 717) y 11 y 23 junio 1992 (RJ 1992, 5079 y 5312), y de la propia Sala (Sección 6.ª) 29 enero 1994—, es una realidad física, sustraída de la esfera voluntarista de la Administración, de modo que si aquél reúne las características fijadas por los artículos 78 del Texto Refundido de 1976, 21 del Reglamento de Planeamiento y 2.1 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 octubre, ha de considerarse urbano, aunque el Plan no lo incluya como tal en sus determinaciones, sin que en este caso se haya acreditado que concurran estos requisitos, por lo que tampoco puede ser clasificado de urbano.

Queda, pues, como única clasificación posible del terreno en cuestión, objeto de expropiación, para la ejecución del acceso al Centro de Intercambio Modal, previsto en el Plan General de Ordenación Urbana, la de *urbanizable programado*, la cual deberá ser tenida en cuenta, según dijimos, para la valoración del mismo conforme a los criterios establecidos por los artículos 105 y 108 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 agosto.» (*Sentencia de 9 de mayo de 1994, Sección 3.ª, Sala 6.ª, Ar. 4120.*)

2. Junta de Compensación. Naturaleza y régimen jurídico de actuación.

«La sentencia apelada declaró la inadmisibilidad por incompetencia de jurisdicción, del recurso formulado por la entidad "Hispano Alemana de Construcciones" —"HASA"— contra la desestimación tácita efectuada a la Junta de Compensación de la Unidad de Actuación 2A del Estudio de Detalle Ciudad núm. 2 del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia. La referida sociedad reclamante apela dicha resolución aduciendo, en primer lugar, que la cuestión litigiosa corresponde al conocimiento de esta jurisdicción.

La ejecución de los Planes de Ordenación corresponde, según el sistema de actuación elegido, al Estado, a las Entidades Locales y a las Entidades Urbanísticas especiales en sus respectivas esferas de actuación —art. 114 del Texto Refundido de la Ley del Suelo—. En este último caso, la ejecución se realiza a través de las Juntas de Compensación, que no son sino Entidades Urbanísticas colaboradoras constituidas con dicha finalidad por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación objeto de ejecución. Si, pues, la finalidad de la Junta de Compensación es la ejecución de la urbanización, nada puede sorprender que se le atribuya —arts. 127.3 de la Ley del Suelo y 26 del Reglamento de Gestión— personalidad jurídica propia, plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y sobre todo —en lo que ahora importa— naturaleza administrativa. Ciertamente, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones Públicas, y que, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a nuestro específico ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa. Se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en juego.

En el presente caso, se trata de la contratación para la ejecución de unas obras de urbanización y, por tanto, de una obra pública, cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido, importa destacar no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones —art. 175.3 del Reglamento de Gestión— sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la Junta de Compensación, entre las que destacan, en lo que ahora importa, el compromiso de la empresa constructora de realizar las

obras de total conformidad con los proyectos de urbanización debidamente aprobados y la obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante. En la misma línea, el artículo 69 del Reglamento de Planeamiento establece que entre la documentación que deben contener los Proyectos de Urbanización se encuentra el Pliego de condiciones técnicas y de condiciones administrativas para la contratación de las obras y servicios, y así en el presente caso, en la cláusula 12 —folio 22 del expediente administrativo— se determinó que “el contrato dimanante del presente concurso es por su objeto fundamental y esencialmente administrativo”. En todo caso, la naturaleza pública de la obra y la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación imponen el conocimiento de la presente cuestión a esta jurisdicción, como así lo entendió, en un supuesto idéntico al actual, la antigua Sala 4.º de este Tribunal en Sentencia de 25 febrero 1985 (RJ 1985, 1233).» (*Sentencia de 24 de mayo de 1994, Sala 3.º, Sección 5.º, Ar. 3907.*)

XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Ambito. Fiscalización de los actos del Gobierno. Nombramiento del Fiscal General del Estado.*

Vid. II. ACTOS. (*Sentencia de 28 de junio de 1994, Sala 3.º, Pleno, Ar. 5050.*)

B) *Legitimación. Asociación de Fiscales e impugnación del nombramiento del Fiscal General del Estado. Concepto amplio de interés profesional.*

«También ha vuelto a plantear el representante de la Administración del Estado, la cuestión relativa a la falta de legitimación de las asociaciones recurrentes. Sobre ella nos hemos pronunciado en Auto de 3 febrero 1994.

Decíamos en él que la jurisprudencia ha definido la legitimación activa para ser parte en los procesos contencioso-administrativos, tomando como base el artículo 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, que la otorga a “los que tuvieren interés directo” en la anulación de los actos y disposiciones administrativas, pero entendiendo que este concepto legal debe interpretarse en el sentido amplio que impone el artículo 24.1 de la Constitución, al referir, con carácter general, la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, a los “derechos e intereses legítimos”. Por eso no faltan sentencias del Tribunal Supremo, como una de 31 mayo 1990 (RJ 1990, 4138), en las que prácticamente se considera que la noción legal de interés directo ha sido sustituida pura y simplemente por la constitucional de interés legítimo. Pero la extensión interpretativa de lo que sea el interés legitimador no implica que haya perdido su estricto perfil, de modo que pueda llegar a identificarse con un mero interés en la legalidad. Por el contrario, aun en las descripciones más generosas de la legitimación, la jurisprudencia se ha cuidado de hacer expresa reserva de que en ningún caso se comprenden en ella ni el mero interés en la legalidad ni los agravios potenciales o futuros. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las Sentencias de 24 septiembre y 7 octubre 1992 (RJ 1992, 6856 y 8023), que con cita de abundantes precedentes jurisprudenciales, la definen positivamente, afirmando que para que exista interés legitimador basta con que el éxito de la acción signifique para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada por el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja.

Entrando en el tema concreto de si las asociaciones recurrentes están legitimadas para ser partes demandantes en el proceso de impugnación de Fiscal General del Estado, señalábamos que existen en las tres asociaciones algunos elementos de definición jurídica comunes, que permiten un tratamiento unitario. En efecto, los componentes de todas ellas están afectados por el artículo 127.1 de la Constitución, que si bien les permite constituirse en asociaciones profesionales, sin embargo les veda pertenecer a partidos políticos o sindicatos. El propio precepto constitucional remite a la Ley el establecimiento del sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. El desarrollo de esta remisión a la ley ha sido realizado en los artículos 401.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En ambos preceptos se nos dice que las respectivas asociaciones podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. Queda así perfectamente delimitado que el único interés que pueden patrocinar judicialmente las asociaciones recurrentes es el profesional, puesto que los temas relacionados con la "justicia en general" se residencian por la Ley en el ámbito más teórico e instructivo de la "realización de estudios y actividades". Por eso nuestra resolución definitiva sobre la legitimación es preciso vincularla a que exista alguna conexión entre el nombramiento del Fiscal General del Estado y el interés profesional de los asociados, lo que a su vez dependerá de la extensión que le demos a dicho interés.

Las partes han alegado dos Sentencias, una del Tribunal Constitucional, de 25 febrero 1987 (RTC 1987, 24), y otra del Tribunal Supremo, de 27 enero 1989 (RJ 1989, 9864), en las que el tema de legitimación ha sido tratado con relación a asociaciones de igual naturaleza que las demandantes.

En la primera de las sentencias citadas —que tanto las entidades recurrentes como la Administración demandada aducen en favor de sus respectivas tesis—, se resolvió el recurso de amparo contra la negativa judicial a considerar letigimada a la Asociación de Fiscales para recurrir contra un Real Decreto por el que se había nombrado Fiscal de Sala del Tribunal Supremo a un determinado miembro de la Carrera Fiscal. En esta sentencia del Tribunal Constitucional se consideró que existía el "interés directo" legitimador previsto en el artículo 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, interpretado en el sentido amplio requerido por el artículo 24.1 de la Constitución, porque "al margen de que el acto de nombramiento recurrido tenga una proyección sobre intereses personales que sólo cabe ejercitar al que sea titular de ellas, no puede desconocerse que dicho acto también incide directamente en el interés profesional de que la promoción de los Fiscales se lleve a efecto por el procedimiento que la asociación estima haber sido desconocido por el Decreto recurrido, pues no puede ser extraño a este interés profesional el margen de discrecionalidad administrativa con que se realicen los ascensos y promociones en la Carrera Fiscal".

Los límites del interés profesional en que se funda esta sentencia favorecen inicialmente la tesis del Abogado del Estado, porque vienen a identificarlo con la protección de las normas reguladoras de la carrera profesional de los asociados y por eso el fundamento final de la legitimación acordada reside en el hecho jurídico de que solamente podrían ser titulares de la promoción sobre la que se debatía los miembros de la Carrera Fiscal, lo que no acontece en este caso, en el que el acceso al cargo de Fiscal General del Estado no está vinculado a la pertenencia a dicha Carrera.

Desechado que la sola doctrina de la sentencia citada sirva para admitir la legitimación de la Asociación de Fiscales en este proceso, debemos detenernos en examinar si la noción de interés profesional puede tener un sentido más amplio que aquel en que se detiene el Tribunal Constitucional.

El artículo 124.2 de la Constitución declara que el "Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica". Por su parte, la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece los mecanismos por los que aquella

unidad y jerarquía se articulan legalmente. Del Estatuto resulta que tanto en el aspecto puramente promocional (art. 13) como sobre todo en el ejercicio de la función (arts. 22 y ss.) la figura clave es el Fiscal General del Estado, permaneciendo esencialmente la filosofía del viejo brocardo que afirmaba que "el Fiscal es el Fiscal del Tribunal Supremo" (hoy Fiscal General del Estado). Por eso, extendiendo el concepto estricto de interés profesional, en el sentido de no limitarlo a aspectos tan obvios y evidentes como son los relativos a la promoción en la carrera y a los intereses económicos inherentes a la misma, podemos y debemos entender que también está comprometido cuando el tema litigioso versa sobre el marco o estatuto jurídico básico que regula la función profesional que ejercitan los asociados, por ser precisamente esta función la que justifica la existencia misma de la categoría específica de interesados que constituyen la razón de ser de la Asociación. En este caso, al denunciarse una posible ilegalidad supuestamente cometida al nombrar al Fiscal General del Estado, aparece afectado aquel estatuto jurídico básico, lo que determina que debamos considerar legitimada a la Asociación de Fiscales para pretender procesalmente su anulación.» (*Sentencia de 28 de junio de 1994, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 5050.*)

C) *Sentencia.*

1. *Imposibilidad de ejecución. Plazo para plantear el incidente. En cualquier momento en que sobrevenga la imposibilidad.*

«Insiste la parte apelante en que se declare extemporánea la petición de inejecución formulada por el Ayuntamiento de Camprodón a través del señor Abogado del Estado. Pone de relieve la indicada parte que la ejecutoria del presente procedimiento se dictó con fecha 28 noviembre 1985 y que la petición de inejecución llegó a través de un escrito del señor Abogado del Estado de fecha 13 de enero de 1987, esto es, a los catorce meses de la ejecutoria, fuera, por tanto, del plazo de dos meses al que alude el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción. La sentencia apelada ha declarado, siguiendo el criterio de otras resoluciones similares, que "si una sentencia es de imposible ejecución, realmente lo será en todo tiempo, aunque se rebase tal lapso temporal (el de dos meses antes aludido), con lo que derivaría que en cualquier momento, si sobreviniere dicha imposibilidad material o legal, podrá plantearse el incidente de ejecución, porque de otro modo (...) se produciría una situación de inejecución indefinida, sin cauce hábil para declarar la pertinente compensación en favor del que obtuvo la sentencia favorable, que de ese modo quedaría perjudicado en su postura procesal". Este Tribunal comparte el criterio de la Sala de instancia, coincidente con el sostenido por la mejor doctrina y que ha seguido este Tribunal al conocer de supuestos similares al ahora enjuiciado. Así pues, en aquellos casos en los que se plantee un incidente de imposibilidad de ejecutar una sentencia, deberá darse lugar a la tramitación correspondiente aunque el planteamiento se haga transcurrido ya el plazo referido siempre que de los términos en que se formule el incidente surjan dudas razonables sobre la posibilidad de ejecución en sus propios términos de la sentencia de que se trate.» (*Sentencia de 4 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 4146.*)

2. *Inejecución. Corresponde a la Administración que debe ejecutar acreditar suficientemente las causas de imposibilidad de ejecución.*

«Al examinar la cuestión de fondo planteada en esta apelación interesa indicar que esta Sala, en Sentencia de 21 marzo 1988 (RJ 1988, 2183), ha examinado cues-

tionen análogas a las planteadas en las presentes actuaciones. Preciso es, por tanto, exponer las declaraciones más fundamentales de la referida sentencia. Puso de relieve este Tribunal que la ejecución de la sentencia es una exigencia legal establecida al máximo nivel pues la impone la Constitución no sólo en su artículo 118 sino también en el artículo 24.1, dado que el derecho a la tutela judicial "efectiva" incluye dentro de su contenido, incluso de forma culminante, el derecho a la ejecución de sentencia, si bien la protección del interés público, en los supuestos de cambio de ordenación, puede exigir, y éste es sin duda un muy excepcional criterio, la no ejecución de la sentencia.

Dijo también esta Sala en la sentencia aludida en el fundamento anterior, que hay que entender que existe imposibilidad legal de ejecución cuando modificada la ordenación urbanística, la ejecución de la sentencia aplicando la anterior ordenación habría de representar un serio obstáculo para la ejecución del nuevo planeamiento. La concreción del criterio ha de hacerse atendiendo a la índole de las determinaciones del Plan que se pueden ver obstaculizadas, y así si se trata de un problema de volumen, ninguna dificultad habrá para aplicar la que es una rigurosa regla general —ejecución de la sentencia—, en relación con el concepto de los edificios fuera de ordenación; por el contrario, cuando la nueva edificación pudiera impedir la virtualidad práctica de una zona verde o de unos viales podría entrar en juego la excepción de la imposibilidad legal, concepto cuya concreción ha de verificarse teniendo en cuenta las específicas circunstancias de cada caso. Será la parte que ha promovido el correspondiente incidente la que deberá aportar a las actuaciones los datos o elementos probatorios necesarios para tratar de acreditar la imposibilidad de ejecutar en sus propios términos la sentencia de que se trate porque la nueva edificación implique una incompatibilidad absoluta con el nuevo planeamiento.

En el caso que se examina la sentencia en cuestión ordenó le fuera otorgada al recurrente una licencia para ampliar unas determinadas naves industriales. La causa alegada para plantear el incidente origen de estas actuaciones es que el nuevo Plan General de Camprodón ha transformado en zona vial y zona verde parte del terreno en el que debía construirse la ampliación de industria objeto de la licencia litigiosa. Como a los presentes autos no se hubiese aportado ningún dato más o elemento probatorio que permitiera conocer cuál fuese realmente la incidencia de la aludida ampliación en el nuevo planeamiento y si, por tanto, los intereses públicos a los que el mismo respondía se verían o no afectados negativamente por la repetida ampliación, no obstante esta falta de actividad procesal del Ayuntamiento interesado, esta Sala, aun conociendo que no debe suplirse la falta de actividad a la que se ha hecho referencia con la aportación de oficio de elementos probatorios, acordó para mejor proveer, dados los intereses públicos en juego, que se librara comunicación telegráfica al Ayuntamiento de Camprodón a fin de que remitiese "informe detallado del Arquitecto Municipal sobre la incidencia que en el nuevo planeamiento de esa localidad significaría la ampliación del edificio industrial solicitada en su día por don Martín M. A. en el Expediente 2/1981 de ese Ayuntamiento". Asimismo se solicitó que se acompañaran al informe "planos del antiguo y nuevo planeamiento en los que se reflejará la ubicación de la referida ampliación del edificio industrial". No obstante los recordatorios telegráficos que fueron remitidos al Ayuntamiento referido en relación con el cumplimiento de la expresada diligencia, no se ha recibido en este Tribunal el informe solicitado ni tampoco ninguna comunicación de la aludida Corporación Municipal relativa al cumplimiento de lo que se le había interesado,

Resulta, pues, que en estas actuaciones no se han acreditado por el Ayuntamiento de Camprodón las necesarias circunstancias de las que poder deducir que en el supuesto enjuiciado podía ser apreciada la excepción de imposibilidad legal de que se trata. Ya se ha dicho que la actitud procesal de dicho Ayuntamiento, que tampoco compareció en esta segunda instancia, ha impedido conocer la real incidencia de la edificación litigiosa en el nuevo planeamiento, lo que impide, por lo que ya se ha indicado, declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en cuestión.

Procede, pues, dictar un fallo revocatorio del apelado, sin que se aprecien méri-

tos a los efectos de una especial imposición de costas, y habida cuenta de la actitud procesal del Ayuntamiento de Camprodón a la que se ha hecho referencia en el fundamento quinto de esta resolución, procede deducir el testimonio que luego se dirá a los efectos de la exigencia de posibles responsabilidades penales que pudieran derivarse de la mencionada actuación procesal.» (*Sentencia de 4 de mayo de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 4146.*)

D) *Recurso de casación.*

1. *Interpretación del artículo 93.1 de la Ley 10/1992. Sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia hasta tanto no se creen los Juzgados de lo contencioso-administrativo.*

«Surge en primer lugar la cuestión de si con base en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción según la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cabe la posibilidad de un pronunciamiento de inadmisión del recurso a la hora de dictar sentencia, ya que en dicho precepto sólo se habla de estimación o no estimación del recurso por los motivos del artículo 95, cuando en el trámite anterior correspondiente, la Sala, por medio de providencia, ha declarado admisible el recurso, como aquí ocurre. Un primero e importante criterio para la decisión del problema lo proporcionan el artículo 5.1 y sobre todo el 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto los Jueces y Tribunales deben resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por otra parte, el artículo 100 establece como siguiente trámite a la interposición del recurso de casación el pase de las actuaciones al Ponente para que se instruya y dé cuenta a la Sala sometiendo a su deliberación lo que haya de resolverse sobre admisibilidad o inadmisibilidad del recurso interpuesto; pero así como este precepto se detiene meticulosamente en los casos de inadmisión, el artículo 101 establece que, de admitirse el recurso, se dará traslado del mismo a la parte o partes recurridas y personales para que formulen su oposición en el plazo de treinta días. No prevé la Ley un trámite de audiencia a la parte recurrida previo a la admisión del recurso, como establece en el apartado c) del número 2 del artículo 100 para la parte recurrente como requisito previo a una posible inadmisión. En el caso concreto que nos ocupa, como viene siendo norma general procesal, la providencia de admisión del recurso se dictó sin previa audiencia de la parte recurrida (se le notificó por correo la providencia de admisión en 17 de febrero, el escrito de oposición se presentó en 1 de abril aunque lleva fecha de 22 de marzo); y, por otra parte, la causa de inadmisión que se alega tiene en principio la entidad suficiente para que la Sala deba estudiarla y pronunciarse no sólo en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, sino porque la inadmisión postulada por la parte recurrida no sólo ha sido estudiada con detenimiento sino porque según afirma sus argumentos son transcripción de los contenidos en varios autos del Tribunal Superior de Justicia de Baleares denegando la remisión de los autos al Tribunal Supremo. En síntesis, su postura consiste en que con base en el artículo 93.1 de la Ley en su nueva redacción dada por Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en su engarce con los artículos 58.3.º y 4.º y 74.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el recurso de casación quedará limitado a las sentencias dictadas en única instancia en procesos contra actos de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, quedando por lo tanto excluidas de la casación las sentencias dictadas en recursos contra actos de otras Administraciones, singularmente de la Administración Local —como es el que nos ocupa—, pues éstas ni vienen mencionadas en el artículo 58 ni respecto de ellas pueden dictar sentencias los Tribunales Superiores en úni-

ca instancia, sino sólo en apelación o segunda instancia, como resulta igualmente del artículo 74 de la dicha Ley Orgánica.

Pues bien, esta Sección de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, si no en sentencias, sí ha abordado ya la cuestión que se propone en varios autos, algunos de ellos resolviendo recursos de queja, precisamente contra esos autos de la Sala de Baleares a que se refiere el recurrente. La solución dada viene propiciada por la adoptada en reunión plenaria de la Sala Tercera celebrada en 15 de junio de 1992 conforme al artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la cual en la actualidad debe entenderse por sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, todas ellas, hasta que se constituyan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y se regule el recurso de apelación contra las sentencias que se dicten por estos órganos jurisdiccionales. Y ello por estos tres motivos fundamentales: a) pese a lo dispuesto en la disposición trigesimocuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta no supuso la plena vigencia de las normas competenciales de aquélla, al resultar afectadas por otra norma transitoria, el artículo 57 de ésta, conforme al cual las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia continuarían con las competencias de las Audiencias Territoriales hasta la puesta en funcionamiento de los Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo; b) consecuencia de ello y de la desaparición del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria segunda de la Ley 10/1992, de 30 abril, el que todas las sentencias que en la actualidad dictan los Tribunales Superiores de Justicia en el orden Contencioso-Administrativo, por no ser apelables ni dictadas en apelación, deban considerarse forzosamente pronunciadas en única instancia; c) el que la regulación del recurso de casación por la dicha Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, no sea algo definitivo sino, como su titulación indica, "de medidas urgentes", y, como se dice en su Exposición de Motivos, algo necesario de abordar sin mayor dilación y sin que obste a que se continúen realizando cuantas actuaciones sean necesarias para mejor adecuación del procedimiento. Debemos por tanto desestimar la previa alegación.» (*Sentencia de 4 de junio de 1984, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 4618*).

2. Sentencia dictada en única instancia por Tribunal Superior de Justicia. Cuando el recurso se funda en infracción de normas no emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma que sea relevante y determinante del fallo de la Sentencia. Análisis de este último supuesto.

«El artículo 93.4 de la Ley Jurisdiccional excluye del recurso de casación las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia —no comprendidas en el apartado 2 del mismo precepto— respecto a los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas "cuando el recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas que sea relevante y determinante del fallo a la sentencia". Este precepto se inscribe en el sistema de reparto de las competencias entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia para el control de la legalidad de la actuación administrativa estatal y autonómica previsto en los artículos 58.4.º y 74.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de conformidad con los artículos 123.1 y 152.1 de la Constitución, de manera que el Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, sea el órgano competente para resolver los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los actos y disposiciones de los Organos de la respectiva Comunidad Autónoma que determina [art. 74.1.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial citada].

La actuación administrativa autonómica, en el desempeño de las competencias que en ese orden le corresponden, se controla por tanto por su propia organización judicial autonómica como las más adecuadas para realizar aquella función en el territorio de aquella Comunidad cerrándose en ella misma. Sin embargo, este principio general ha de cohonestarse con el del paralelo control que corresponde en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 58.4.º; comprende a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la actividad administrativa en todo el Estado a efectos de comprobar la legalidad estatal, incluso en aquellos casos en que siendo el objeto del recurso contencioso-administrativo un acto o disposición emanados de los órganos autonómicos se alega como motivo del recurso la infracción de una disposición de ámbito estatal. Para ello el citado precepto exige como requisito que sea la norma estatal aplicada "relevante y determinante del fallo", lo que impone en esos casos de concurso de normas estatales y autonómicas examinar las alegaciones deducidas de la fundamentación del fallo de la sentencia que se pretende recurrir en casación a efectos de valorar la efectiva trascendencia en el planteamiento y solución del litigio recurrido de los preceptos estatales invocados.

El recurso de casación denegado a la actora se funda en primer lugar en la infracción del artículo 23.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 abril, del Consejo de Estado, por haberse omitido el informe previsto en ese precepto, en la elaboración del Decreto 81/1992, de 5 noviembre (LIB 1992, 169), del Gobierno Balear, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley Autonómica de 20 diciembre 1991 (LIB 1991, 160) por la que se crea el impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, objeto del recurso contencioso-administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella disposición por estimar que aquella Ley estatal —como el art. 10 de la Ley General Tributaria y otras leyes estatales que establecen la reserva de ley para el establecimiento de tributos— no eran ni relevantes ni "determinantes del fallo" basado en la aplicación de la normativa autonómica.

Sin embargo, la sentencia recurrida en casación dedica un amplio fundamento de Derecho (el noveno) a rechazar el defecto de forma invocado como causa de nulidad de pleno derecho de la disposición, en base a la jurisprudencia de esta Sala y de la Sala especial de revisión que cita que, según considera, "ha venido a relativizar el valor invalidante de ese defecto procesal". Este solo motivo es suficiente para la estimación del recurso de queja y mandar que se remitan los autos a esta Sala, por ser la desestimación del motivo de nulidad opuesto invocando la infracción de una norma estatal determinante del fallo desestimatorio del recurso de casación.

El fallo recurrido en casación se basa además en la interpretación de otros preceptos de la normativa estatal —Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, Ley General Tributaria— a efectos de determinar la legalidad de la disposición autonómica impugnada que permiten igualmente declarar susceptible de recurso de casación la sentencia recurrida.» (*Auto de 1 de junio de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 5121.*)

E) Recurso de casación en interés de la Ley. Legitimación. Asociaciones empresariales. Carecen de legitimación al no representar intereses generales.

«Con independencia de que el recurso es extemporáneo en cuanto a las sentencias dictadas en los recursos contencioso-administrativos seguidos en la Sala de Oviedo con los números 2224/1991 y 2233/1991, que fueron notificadas a las partes el 26 de septiembre de 1992 la recaída en el primero de dichos recursos y el miércoles 29 de septiembre de dicho año la recaída en el segundo, interponiéndose el re-

curso de casación en interés de la ley por escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el 30 de diciembre siguiente, cuando había transcurrido el plazo de tres meses establecido en el artículo 102.b).3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la falta subsanable de que en los poderes con los que actúan los representantes de las entidades recurrentes consta la certificación que faculta para el otorgamiento del poder pero no el acuerdo del órgano al que estatutariamente corresponde decidir sobre la procedencia del ejercicio de la acción, lo cierto es que, en todo caso, el recurso es inadmisibile por falta de legitimación, pues el artículo 102.b).1 admite que pueden interponer este recurso el Abogado del Estado, así como las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, que en este caso son los de las resoluciones administrativas dictadas por órganos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representados en la instancia por el Abogado del Estado, en defensa del interés general de la Seguridad Social, contrapuesto al interés económico de determinadas empresas mineras incluidas en uno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, que defienden los intereses particulares de las mismas.» (Sentencia de 30 de abril de 1994, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4221.)

XIII. RESPONSABILIDAD

Actos emanados por el poder legislativo. Eliminación de cupos exentos de aranceles en un período de siete años como consecuencia del Tratado de adhesión CEE.

«Se impugna, por medio del recurso contencioso-administrativo que decidimos, la desestimación, presunta, primero, y expresa, después, realizada esta última en virtud de Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 junio 1989, de la reclamación de daños y perjuicios formulada por la sociedad demandante, al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 julio 1957, y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, en razón del cambio radical introducido por el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, al disponerse, en el artículo 168, la eliminación, a lo largo de un período de siete años, del sistema de cupos exentos de aranceles concedidos por el Reino de España para los productos de pesca procedentes de las empresas conjuntas constituidas entre personas físicas o jurídicas de España y de terceros países. Se argumenta, en síntesis, para basar la pretensión de indemnización que se ejercita, que el específico ordenamiento vigente en España, con anterioridad a la suscripción del Tratado y Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas, representado, fundamentalmente, por el Real Decreto 2517/1976, de 8 de octubre, más tarde sustituido por el Real Decreto 830/1985, de 30 abril, había reconocido importantes beneficios, en desarrollo de una verdadera acción de fomento, a los armadores nacionales que participasen en empresas pesqueras conjuntas constituidas con socios extranjeros, y, entre ellos, la exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables del pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos por las empresas pesqueras españolas a las empresas pesqueras conjuntas, y como quiera que tales disposiciones habían determinado a la entidad actora a efectuar importantes inversiones, participando en una empresa pesquera conjunta hispano-argentina ("Pescasur, S.A."), precisamente por los concretos beneficios establecidos, es por lo que la eliminación de los mismos, aunque se produzca durante un período de siete años, como consecuencia de la firma del Tratado y Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas, ha producido a la referida entidad demandante, daños y perjuicios efectivos, evaluables económicamente e individualizados, que deben ser indemniza-

dos por concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial del Estado. Realmente, la cuestión planteada ha sido ya decidida por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 5 marzo 1993 (RJ 1993, 1623) (dictada en el recurso número 1318/1990), cuyo criterio debemos reiterar en el presente supuesto, en obligada observancia de los principios de unidad de doctrina y aplicación igual de la Ley (art. 14 de la Constitución).

El problema fundamental y primario que hemos de resolver en esta decisión, habida cuenta el planteamiento de orden general que dejamos expuesto en el párrafo anterior, es el relativo a la concreta determinación de la procedencia o, en su caso, improcedencia de la indemnización pretendida, cuya denegación defiende el Abogado del Estado, por entender, como el Consejo de Estado en su preceptivo informe, que la sociedad armadora recurrente carecía de un verdadero derecho adquirido para mantener incólumes sus importaciones exentas, pues se fijaban anualmente los correspondientes cupos, y el Acta de Adhesión prevé una reducción progresiva de los contingentes de importación exentos durante siete años "que guarda un principio de congruencia con la fijación anual de los contingentes exentos a que se refiere el Real Decreto 830/1985", y para dirimir la expuesta problemática hemos de traer a colación, en relación con las propias invocaciones de la parte demandante, tanto el artículo 106.2 de la Constitución, que estatuye, en términos de generalidad, la responsabilidad de los Poderes Públicos por la lesión que sufran los particulares por causa de la actividad de aquéllos, como el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que concreta el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, que se expresa en análogos términos.

La objetiva contemplación de los hechos que se aducen como determinantes de la indemnización solicitada, y que dejamos relatados suficientemente en la motivación primera, a la luz de la particular normativa expuesta en la precedente, determina o acredita la bondad de la pretensión deducida en el proceso, en cuanto se insta una indemnización (no ya en su particular cuantificación, sobre la cual volveremos más adelante), bien basada en la eliminación de los cupos exentos del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, como resultado de las relaciones internacionales, desarrolladas por el Gobierno (en armonía con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución, que le encomienda la dirección de la política exterior), al haberse alcanzado el acuerdo que determinó la suscripción del Tratado y Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas, en cuya virtud se cedió soberanía en materia de pesca, o incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del Poder Legislativo, en cuanto las Cortes concedieron la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, por medio de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 agosto; es lo cierto que la sociedad actora, en desarrollo y ejecución de la indudable acción de fomento programada por el Gobierno de la Nación y materializada, entre otras disposiciones, en los Reales Decretos 8 octubre 1976 y 30 abril 1985, contribuyó a la creación de una empresa pesquera conjunta y efectuó importantes inversiones para su constitución, sujeta, desde luego, a la previa autorización administrativa, en ponderación de los concretos beneficios que se reconocían a los armadores españoles, como eran créditos a la exportación de buques de pesca en explotación, cobertura de los riesgos de inversiones y, singularmente, la importación de pescado con exención del pago de derechos arancelarios y compensatorios variables, no siendo ocioso advertir, además, que la actividad gubernamental estaba inspirada por poderosas y variadas razones derivadas de las dificultades de la flota pesquera española para encontrar caladeros, una vez extendidas las aguas territoriales de los distintos países, y de la necesidad de abastecer el mercado interior, conservar los empleos de los pescadores, mantener la actividad de nuestros astilleros, etc.; y si esto es así, si los particulares acomodaron su actividad a la política de fomento

plasmada en las disposiciones más arriba reseñadas y si el propio Gobierno español, con las necesarias autorizaciones, promovió y dio lugar al Tratado y Acta de Adhesión suscrito por el Reino de España, en el que resultaron eliminados, aunque fuera progresivamente, los cupos exentos de arancel, que constituían el mayor beneficio para las empresas pesqueras españolas, es visto cómo, y cual anticipábamos al inicio de esta motivación, deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, de la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y, además, porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es, daño no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa (nexo causal) de los concretos actos que se aducen, y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial, no debiéndose olvidar, tampoco, que el Real Decreto 830/1985 fue publicado y entró en vigor el día 6 de junio de 1985, en tanto que el Tratado y Acta de Adhesión fueron suscritos pocos días después, el 12 de iguales mes y año.

Las alegaciones articuladas por la contraparte en la contestación a la demanda, en cuanto aduce que resulta improcedente la indemnización solicitada, en razón de que la sociedad actora carecía de un derecho adquirido para mantener incólumes sus importaciones exentas, devienen intrascendentes para alcanzar la desestimación postulada en el concreto caso que dirimimos, por cuanto, aunque diéramos por supuesta, hipotéticamente, la inexistencia de un auténtico y plenamente configurado derecho adquirido por la anual fijación de los cupos exentos, la realidad es, repetimos, que el Gobierno desarrolló una muy concreta acción de fomento para la constitución de empresas pesqueras conjuntas, con los fines analizados con anterioridad, reconociendo, a cambio, unos particulares beneficios, representativos de intereses patrimoniales legítimos, y si éstos se interrumpen o disminuyen, cual ha sucedido, por la voluntad de los órganos competentes del Estado, en modo alguno cabe negar el subsiguiente derecho a la indemnización correspondiente, la cual, además, estaría avalada tanto por los principios de la buena fe que debe inspirar la relación de la Administración con los particulares y de la seguridad jurídica, como por el equilibrio de prestaciones que debe existir entre una y otros en el desarrollo de relaciones, como las que contemplamos, preestablecidas y con finalidad determinada; aunque, en otro orden de ideas, parece que también puede afirmarse la existencia, no de meras expectativas, sino de verdaderos derechos adquiridos para alcanzar los beneficios estatuidos, pues los cupos exentos, aunque se fijen anualmente, por la Dirección General de Ordenación Pesquera, han de señalarse atendiendo al "...pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos por empresas pesqueras españolas a las empresas pesqueras conjuntas que hayan constituido" [arts. 3.c) del Real Decreto 830/1985 y del Real Decreto 2517/1976], lo cual quiere decir, en realidad, que las aludidas empresas españolas eran portadoras, no ya sólo como decíamos de intereses patrimoniales legítimos, sino también de un derecho, en cuanto lo tienen acreditado para disfrutar del correspondiente cupo, sea en mayor o menor medida, con interdicción, desde luego, de toda arbitrariedad y aunque haya de fijarse preceptivamente todos los años, sin olvidar que la entidad demandante no ejercita una pretensión de reconocimiento de un derecho adquirido, sino una pretensión indemnizatoria por lesión, producida con ocasión de la adopción de actos emanados del Poder Legislativo o de medidas no fiscalizables en vía contencioso-administrativa; debiendo señalar, en relación con la responsabilidad por actos emanados del Poder Legislativo, que dicha responsabilidad no puede negarse cuando la Ley tiene un contenido expropiatorio de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como ocurre en el presente supuesto, en el que hemos razonado, y debemos reiterar, la existencia de verdaderos derechos adquiridos para obtener los beneficios que elimina, durante un período de siete años, el artículo 168 del Acta de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas. Igual suerte desestimatoria han

de seguir las alegaciones formuladas por el señor Abogado del Estado en cuanto a la prescripción del derecho a reclamar la indemnización, pues en modo alguno puede considerarse como fecha inicial para el cómputo del plazo de prescripción de un año (que señalan los arts. 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 y 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa) el día 8 de agosto de 1985, fecha de publicación en el "BOE" y de entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 agosto, pues dicha Ley se limitó a autorizar la ratificación por el Reino de España del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas y el hecho concreto y específico que dio lugar al nacimiento de los efectos lesivos fue el de entrada en vigor del régimen especial para las empresas pesqueras conjuntas establecido por el artículo 168 del Acta de Adhesión, régimen que se inició el 1 de marzo de 1986, prolongándose ininterrumpidamente durante siete años consecutivos, por lo que la reclamación presentada por la sociedad demandante, el 28 de febrero de 1987, se ha ejercitado dentro del plazo de prescripción, que debe contarse a partir de la indicada fecha de 1 de marzo de 1986.

La solución estimatoria del recurso que mantenemos en los fundamentos de derecho anteriores, demostrativos de la procedencia de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios causados, cuya cuantía precisaremos después, se ve refrendada por el "Informe técnico sobre la reclamación de indemnizaciones por parte de empresas pesqueras conjuntas", emitido por el Subdirector General de Ordenación Económico-Pesquera el 29 de enero de 1988, al que prestó su conformidad el Director General, pues sobre reputarse en el mismo que "el beneficio básico que reciben las empresas pesqueras conjuntas consiste en la exención del pago de derechos aduaneros para el pescado capturado por los buques nacionales aportados o vendidos a aquéllas por parte del socio español, dentro de los límites o cupos fijados por la Dirección General de Ordenación Pesquera", se destaca también que "el Acta de Adhesión elimina, en siete años, de forma progresiva, estos beneficios", poniéndose, con ello, "en peligro la continuidad operativa de varias empresas pesqueras conjuntas, al eliminar la base de su rentabilidad, constituida por la preferencia de tratamiento arancelario que hacía competir con ventaja con otras importaciones", para, finalmente, indicar que en "el cálculo de la indemnización se cometen errores sustanciales que es necesario rectificar", y proponer, para el hipotético caso de que los recursos presentados prosperasen, "el mecanismo de cálculo y aplicación de la indemnización", de cuyo contenido cabe inferir, habida cuenta la calificación que se hace de beneficio básico para los cupos exentos, el expreso reconocimiento de la eliminación progresiva de los mismos, que supone un daño efectivo, el peligro que comporta tal eliminación para la continuidad de varias empresas pesqueras conjuntas y la proposición concreta del mecanismo indemnizatorio, que el expresado órgano directivo, aun reservando la resolución para quien correspondiere, entendía procedente la reclamación entablada.» (*Sentencia de 27 de junio de 1994, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 4981.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

