

## II. NOTAS

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## A) EN GENERAL

**SUMARIO:** I. FUENTES: *Publicación*.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Naturaleza*. B) *Motivación*. C) *Ejecutividad*: 1. Actos de gestión tributaria. 2. Liquidación de precios públicos. 3. Medida cautelar.—III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DISCRECIONALIDAD: A) *Control de proporcionalidad*. *Sustitución por el juez*. B) *Alcance de los poderes del juez: anulación y orden de expedición de licencia*. C) *Arbitrariedad e irracionalidad*.—IV. CONTRATOS: *Intereses de demora*.—V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Plazos*. *Días inhábiles*.—VI. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: *Competencias autorizatorias y artículo 149.1.1 CE*.—VII. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Nulidad de convocatoria de Pleno extraordinario*. B) *Expropiación de bienes comunales*.—VIII. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL: *Puerto Autónomo*. *Naturaleza*.—IX. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: A) *Cámaras de Comercio*. *Recurso permanente*. B) *Colegios Profesionales: sanciones*.—X. LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Derecho a la educación*. *Examen en lengua catalana*. B) *Libertad de empresa y competencias autonómicas*.—XI. EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) *Necesidad de ocupación*. B) *Ocupación temporal*.—XII. SANCIONES: A) *Reserva de ley*: 1. Estatutos de Colegios Profesionales. 2. Reglamentos internos de Colegios Profesionales. B) *Responsabilidad solidaria*. C) *Principio de proporcionalidad*.—XIII. SERVICIO PÚBLICO: *Abastecimiento de aguas*. *Aprobación de tarifas*.—XIV. FARMACIAS: *Sustitución del local designado para el traslado*.—XV. URBANISMO: *Orden de demolición sin previo expediente de legalización*.—XVI. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Ambito: normas internas de las Cortes Generales*. B) *Inadmisibilidad*. *Orden de examen de las cuestiones*: 1. Prevalece declarar la extemporaneidad antes de la apreciación de la nulidad de pleno derecho. 2. En sentido distinto a la sentencia anterior, se declara la nulidad a pesar de la extemporaneidad. C) *Partes*. *Code mandado no emplazado*. D) *Recursos*: 1. Recurso de apelación: a) Limitación en caso de aplicación de derecho autonómico. b) Sentencias no apelables. Aplicación de principios constitucionales. Voto particular. 2. Recurso de casación. 3. Recurso de casación en interés de la ley: a) Legitimación de todas las Administraciones públicas. b) Legitimación de Puerto Autónomo. E) *Costas*.—XVII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Derecho de las Administraciones públicas a ser indemnizadas*. B) *Relación de causalidad*.

## I. FUENTES

*Publicación: Sentido finalista de la exigencia de publicar las normas en un «Boletín Oficial». No es preciso publicar todas las órdenes ministeriales en el «BOE». Eficacia de una orden ministerial publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa».*

«Hemos dicho en la STS 3.ª 9, de 27 diciembre 1989 (RJ 1992, 10418), que la publicidad de las leyes y de las normas jurídicas escritas en general, ya se considere como requisito esencial de su existencia, ya como simple condición de eficacia de las mismas, constituye uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento, reconocido como tal en el artículo 9.3 de la Constitución, que, como es sabido, garantiza

el principio de "publicidad de las normas", con el indudable propósito de erradicar cualquier hipotética eventualidad de normas jurídicas, legales o reglamentarias, no publicadas oficialmente. Esta publicidad se hace efectiva, de modo general, cuando se trata de leyes y disposiciones generales dictadas por los Poderes del Estado *strictu sensu*, mediante su inserción en el "BOE" cuyo texto tiene la consideración de oficial y auténtico. Pero la publicidad oficial de toda disposición general es un simple medio al servicio de su conocimiento por parte de aquellos a quienes se destina, a la par que requisito necesario para determinar la fecha de su entrada en vigor. No demanda *per se* que la publicación tenga lugar en un determinado periódico oficial aunque, en principio, debe hacerse efectiva a través del diario oficial del Estado como reclama la normativa aplicable al caso (arts. 2.1 CE; 132 LPA; 29 LRJAE; 132 RD 1511/1986). Pero en la medida en que quede satisfecho el principio constitucional de "publicidad de las normas", lo que comporta la posibilidad de su conocimiento auténtico por el círculo de destinatarios, no puede negarse la perfección o la eficacia a una disposición administrativa de rango menor, dirigida a un concreto colectivo de servidores del Estado, por el mero dato de que sólo ha sido publicada en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa", del que aquéllos dependen, cuando el mismo ha sido creado para tal finalidad y en sus normas reguladoras está expresamente prevista la posibilidad de que la referida publicación no aparezca en el "BOE" (F. 3.º).

Este sentido es el que campea en la STC 179/1989, de 2 noviembre (RTC 1989, 179), al afirmar que la publicidad de las normas que garantiza el artículo 9.3 CE "se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3 CE pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueren de imposible o muy difícil conocimiento" (F. 2.º).

La regulación contenida en la Orden Ministerial impugnada tiene un carácter netamente organizacional, como es la estructuración de uniformes y distintivos de las Fuerzas Armadas, entre ellos los del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa; se publica en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa", en el que tienen cabida, entre otras, las disposiciones generales, resoluciones y actos administrativos del Ministerio de Defensa que no aparezcan en el "Boletín Oficial del Estado" y su publicación sea preceptiva o conveniente, teniendo en este caso el texto la consideración de auténtico (art. 2.º Orden 2/1985, 15 enero); tiene como destinatarios, directa y exclusivamente afectados al cumplimiento de la norma, al personal militar al que la misma se refiere; y, en cuanto a su forma de publicación, está en línea de continuidad con el criterio observado en la promulgación de normas precedentes. Así, la citada OM 1647/1979, de 17 mayo, y las OO. 27 junio 1967 y 1 junio 1977, sobre uniformidad en la Armada y en el Ejército del Aire, respectivamente, que tampoco aparecen publicadas en el "Boletín Oficial del Estado".

Tomando como referencia la posibilidad real de conocimiento de la norma por la generalidad de sus destinatarios, es evidente que su publicación en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa" garantiza de modo efectivo su recepción por el colectivo castrense habida cuenta de que todos los Organismos y Unidades del Ministerio de Defensa —según dispone el artículo 20.1 de la citada O. 2/1985—, facilitarán a su personal la lectura del Boletín, a cuyo fin adquirirán el número de ejemplares que fueren precisos. Esta convicción alcanza grado de evidencia en el presente recurso, al tratarse de una norma cuyos destinatarios son los profesionales integrantes del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa y los sostenedores del recurso en su totalidad, pertenecen a dicho Cuerpo.

Es cierto, como afirman los recurrentes, que esta característica de la Orden

cuestionada no empece a que su contenido se proyecte hacia los ciudadanos en general, dada la protección penal que la Ley otorga al uso de uniforme, traje, insignia o condecoración conminando con sanción a quien lo usare pública o indebidamente (art. 324 CP); e igualmente aparece constatada la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" de la O. 5 julio 1989 que, en conexión con la Orden aquí recurrida, dicta normas sobre uniformidad de la Guardia Civil. Ahora bien, sería susceptible de consideración el primer argumento si lo que realmente estuviera en el núcleo de la controversia sobre la eficacia de la norma (vinculada a la presunción de conocimiento que deriva de su publicación), se proyectase, no sobre los integrantes del colectivo regulado, sino sobre terceros en todo caso amparados por el precepto del artículo 29 LRJAE que exige la publicación en el "BOE" para que las disposiciones administrativas produzcan efectos jurídicos de *carácter general*. Y en cuanto al hecho contingente de la publicación en el "BOE" de la Orden de uniformidad de la Guardia Civil, a que se refiere el segundo argumento, es claro que su proyección hacia los ciudadanos en general ofrece diferencias intensas de grado, ya que el uso del uniforme como signo visible identificativo de la condición de agentes de la Autoridad y el conocimiento suficiente de esta identificación por los ciudadanos, constituye una secuela de la presencia cotidiana de la Guardia Civil en la sociedad, lo que no es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas en quienes la incidencia de la uniformidad queda fundamentalmente limitada al recinto de los establecimientos militares. En definitiva, pues, la exégesis apuntada conduce, expresado en los términos del artículo 52 de la vigente Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, a concluir que para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda; lo cual equivale a reiterar que no todas requieren el trámite de inserción en el "Boletín Oficial del Estado" como condición *sine qua non* de su eficacia.» (*Sentencia de 30 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 10681.*)

## II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Naturaleza. Distinción con disposición de carácter general. Declaración de interés general de la Nación de la transformación económica y social de zonas regables.*

«Entrando, pues, en el carácter y naturaleza del Real Decreto entiende la Sala que no estamos en presencia de una disposición de carácter general sino de un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos, que es además el acto inicial de un procedimiento administrativo complejo.

Pues, en efecto, el Real Decreto 950/1989, de 28 julio, impugnado en este proceso, se dicta en ejecución del artículo 92 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. En cuanto a su contenido aprueba una declaración de interés general de la Nación que debe ir seguida de la aprobación de Planes de Transformación de la zona, los cuales afectarán desde luego directamente a los bienes y derechos.

Pero este acto inicial del procedimiento complejo no puede considerarse como una actividad normativa, pues no regula conductas de futuro estableciendo obligaciones y derechos en cuanto a su objeto material, es decir, la transformación de la zona. Sí se trata, en cambio, de un acto dirigido a una pluralidad de sujetos, es decir, a todos los afectados de presente o de futuro. Pues aunque no sea una disposición general, sin duda, produce efectos indirectos en cuanto acto previo a los posteriores Planes de Transformación y directos en cuanto como medida preventiva las enajenaciones de tierras en la zona quedan sometidas a una autorización administrativa prevista en la disposición transitoria.

No hay que olvidar, sin embargo, que esta declaración de interés general de transformación de una zona territorial se hace calificándola de zona regable, lo que implica que será necesario utilizar un caudal acuífero, constanding sobradamente en los documentos incorporados a los autos que éste provendrá en todo o en parte de las aguas subterráneas de la cuenca del río Júcar.» (*Sentencia de 10 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8418.*)

**B) Motivación. Contenido. Supuesto en que la Administración se separa de actuaciones anteriores.**

«La regulación de la motivación del acto administrativo que se operó a través del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, puso de relieve la importancia del control jurisdiccional de la actuación administrativa mediante el instrumento de motivación del acto. Pero, ¿en qué consiste la motivación? Motivar es tanto como explicar la razón por la que se hace algo. En el ámbito del Derecho Administrativo significa tanto como que se fundamente la acción administrativa en función de un fin objetivo o interés público que debe perseguir: por ello el artículo 43 de la LPA de 1958, al señalar los actos que deberán ser motivados, expresó que era necesario hacer una sucinta referencia a los *hechos y fundamentos de derecho*, lo que obliga a la Administración en los casos contemplados en dicho precepto a dar las razones de hecho y los motivos de derecho. Esto es así porque, en todo caso, la Administración al dictar el acto administrativo, no puede desconocer el derecho de defensa del administrado, máxime cuando aquel acto puede afectar a los derechos o intereses del administrado que debe saber cuáles son los hechos y los motivos en que descansa el acto.

1. El artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo que la sentencia entendió que había sido vulnerado por la Administración, establece los supuestos en los que el acto debe ser motivado. Y el Abogado del Estado entiende que, en el caso que nos ocupa, la Administración no se separó del criterio seguido en actuaciones precedentes, sino que se trató de una nueva actuación. Siguiendo, pues, el planteamiento del Abogado del Estado, debemos puntualizar que se trató de una nueva actuación en un caso concreto: en el caso que resolvemos. Pero aquí no estamos ante el supuesto que se contempla en el artículo 43.1.c) de la LPA de 1958. En el caso que nos ocupa, la parte demandante, en vía jurisdiccional, acudió al amparo judicial porque se le había producido indefensión por falta de motivación del acto y por falta de audiencia (art. 91 LPA). La sentencia apelada estimó que se había producido indefensión porque los actos carecían de motivación por no expresarse en absoluto los motivos reales del acto, por lo que era procedente anular los actos impugnados por imperio de lo dispuesto en el artículo 48.2 de dicha Ley de Procedimiento Administrativo.

2. Los actos impugnados, al denegar la renovación de la cesión administrativa de terrenos, que el demandante disfrutaba desde el año agrícola 1985/1986, contado desde el 1 de octubre de 1985 hasta la fecha del primer acuerdo impugnado (de 28 de mayo de 1987), afectaron claramente a los derechos e intereses del cesionario, limitando sus derechos o incidiendo negativamente en ellos, lo que exigía que la Administración expresara los hechos y los fundamentos de derecho, del acto —art. 43.1.a) LPA—. La sentencia apelada ha sido muy expresiva al indicar, por vía de ejemplo, lo que hubiera podido ser motivos a controlar por la jurisdicción, precisamente en función de lo que proclama el artículo 106.1 de la CE, que dice así: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”

3. El Abogado del Estado, en su segundo alegato frente a la sentencia apelada, considera que los actos que dicha sentencia anuló están suficientemente motivados porque en ellos se dice que las competencias que ejercía la Junta del Puerto de Sevilla pasan al Servicio de Costas. Este alegato frente a la sentencia apelada —aparte lo ya dicho— debe ser desestimado, pues lo relativo a la asunción de competencias por parte de órganos distintos de los de la Junta del Puerto de Sevilla, no es motivación sobre la realidad que hemos expresado en el primer fundamento de derecho y sobre la cuestión de fondo planteada, ni supone merma alguna de los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada, que expresa que hubo indefensión y que por la falta de motivación no pudo verificar el control de la legalidad de los actos impugnados.

Todo lo anteriormente razonado, conduce a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de la Administración General del Estado, contra la Sentencia de fecha 24 enero 1991, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el Recurso número 2204/1988, y a la confirmación de la sentencia apelada.» (*Sentencia de 11 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 8441.*)

### C) *Ejecutividad.*

1. *Acto de gestión tributaria. Interpretación del artículo 122 LJ. Es suficiente la mera alegación de los daños irreparables y la prestación de fianza.*

«La cuestión a resolver en el presente caso no es otra sino la procedencia o improcedencia de suspender la ejecutividad del acto de gestión tributaria que se impugna en los cauces del proceso principal; cuestión que, en este supuesto concreto, ha sido objeto de una numerosa y reiterada doctrina de esta Sección Segunda de la Sala Tercera.

Como en ella se dice, la norma rectora del pronunciamiento a que se llegue, en principio, claramente está contenida en el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional, de 27 diciembre 1956, en cuanto establece: "Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil"; precepto que ha sido profusamente interpretado por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, tanto de este Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, y que, a la vez, plantea la necesidad de su conjugación con lo dispuesto en el artículo 22.1 del Texto Articulado de la Ley de Bases 39/1980, de 5 julio, aprobado por Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 diciembre, y con los artículos 81 y concordantes del vigente Reglamento de Procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas de 20 agosto 1981, los cuales coinciden en disponer que "La ejecución del acto administrativo impugnado se suspenderá a instancia del interesado si en el momento de interponer la reclamación se garantiza... el importe de la deuda tributaria".

Se trata, por tanto, de desentrañar el alcance actual del antes citado artículo 122.2 de la Ley Procesal de lo Contencioso-Administrativo, habida cuenta de la evolución operada en el instituto de la autotutela tributaria del Estado o ejecutividad de los actos de la Hacienda Pública, abstracción hecha de la solución que proceda en otros campos. Además, hay que tener presente que el Real Decreto 2244/1979, de 7 septiembre, sobre recurso de reposición en materia de Hacienda Pública, llega igual solución y que, incluso, la Disposición Adicional 31 de la Ley 21/1986, de 23 diciembre, autorizó al Ministro de Economía y Hacienda para dispensar de la prestación de garantías cuando surja imposibilidad para hacer frente al pago de la deuda tributaria por inexistencia o insuficiencia de bienes, o cuando la ejecución inme-

diata pueda afectar a la capacidad productiva o al nivel de empleo de la capacidad económica.

Lo que antecede refleja, pues, una discrepancia entre el tratamiento de la ejecutividad general de los actos administrativos de la vieja Ley rectora del proceso contencioso, y el moderno sistema de la ejecutividad de los actos de gestión tributaria de la Hacienda Pública en disposiciones que, aun cuando en ocasiones tengan rango de Ley, para nada afectan a aquél. La Ley Jurisdiccional sólo parece permitir la suspensión cuando de la ejecución se deriven daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; la Administración Fiscal ha asumido la obligación de suspender siempre que lo solicite el contribuyente y afiance la deuda tributaria. De otra parte, en el especial proceso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, el artículo 7.º de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, llega incluso —sin duda por los altos intereses que tutela— a invertir el sistema tradicional, en cierta forma.

Quiere decir todo ello que el propio comportamiento que se ha impuesto a sí misma la Administración Tributaria, obliga a interpretar el viejo artículo 122.2 en el sentido de que el pago de las cuotas controvertidas puede acarrear daños de reparación difícil para el contribuyente, en tanto que no se produce aquél para la Hacienda Pública cuando el importe de la deuda tributaria queda suficientemente garantizado mediante el oportuno aval, caución o fianza. Sería contradictorio que la oficina gestora (Decreto 2244/1979), los Tribunales Económico-Administrativos, los Delegados de Hacienda (art. 52 del Reglamento General de Recaudación) e, incluso, el Director General de Recaudación (art. 53 del mismo) o el Ministro de Economía y Hacienda suspendan (hasta sin caución) la inmediata ejecución de los actos de gestión tributaria, y en la vía jurisdiccional aquella suspensión hubiera de quedar limitada a los supuestos donde el contribuyente pruebe categóricamente la producción de daños o perjuicios de reparación, nada menos que imposible o difícil. De ahí que la suspensión jurisdiccional de aquellos actos, cuando se aleguen daños o perjuicios de su inmediata ejecutividad y se preste caución o fianza bastante para garantizar el pago de la deuda tributaria controvertida, ha de entenderse ajustada a Derecho.» (*Auto de 6 de julio de 1994, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5918.*)

## *2. Suspensión de la liquidación de un precio público. No es suficiente la simple presentación de aval. Acreditación de los daños de imposible o difícil reparación.*

«Como se tiene declarado por esta Sala que ahora enjuicia en anteriores resoluciones producidas entre las mismas partes litigantes y sustancialmente sobre la misma materia a que este asunto se contrac, de las que es una última muestra el Auto de fecha 14 junio 1994 (RJ 1994, 5246), “previamente se ha de considerar que la resolución económico-administrativa que se trata de impugnar en el recurso contencioso-administrativo del cual la pieza de suspensión de la ejecución, de actual referencia dimana, se limitó a declarar su incompetencia para resolver sobre el mantenimiento o nulidad de la liquidación núm. 706106, girada por el Organismo Autónomo “Aeropuertos Nacionales” a la entidad “Iberia, Líneas Aéreas de España, S. A.”, por el concepto de “movimiento de mercancías”, establecido por una Orden Ministerial Comunicada, de 27 junio 1986. Las Sentencias de esta Sala, de 20 septiembre 1991 (RJ 1991, 8037) y 14 mayo 1992, consideraron que las tarifas de aplicación a estos supuestos “no tenían el carácter de ‘tasas’, sino de ‘precio público’” derivado de “un servicio cuya explotación previa concesional viene atribuido a una persona y cuya cobertura legal para la operatividad revisora se encuentra en la propia Ley de Navegación Aérea”, y cuyo “carácter de precio público de las concesiones

administrativas, autorizaciones y prestaciones objeto del acto impugnado, viene establecida en la Ley 8/1989, de 13 abril", que lleva la rúbrica común de "Tasas y Precios Públicos". Mas dicha rúbrica literal común, al enmarcar conceptos diferentes, aunque las considere como "ingresos públicos" —"precio público" como derivado de una relación contractual y coluntaria, mientras que la "tasa" participa de la nota de coactividad propia del tributo—; ello hace que el concepto de actual referencia, fundamento de la "liquidación que se trata de combatir en el proceso principal, no participa de la naturaleza jurídico-tributaria".

Aclarados los conceptos previos anteriores se ha de considerar que, en el supuesto de actual referencia, se solicitó la suspensión de la ejecución del acto administrativo que se trataba de impugnar en el proceso principal, al amparo de la normativa contenida "en los artículos 122 y 123 de la Ley Jurisdiccional".

Por otra parte, se ha de considerar que, al tenor de la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, recogida implícitamente —entre otras— en los Autos de fechas 12 y 21 diciembre 1989, 2 febrero y 22 octubre 1990 y 3 y 24 enero, 28 junio 1991—; el principio de la "tutela judicial efectiva" garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución no ha venido a dejar sin contenido a la normativa jurídica contenida en los artículos 122 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, ni el vigente Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, en relación con los efectos del aval bancario para garantizar el pago de las "deudas tributarias", específicamente, no ha venido a ser un presupuesto más a los establecidos en dicha Ley Jurisdiccional, ya que la suspensión de la ejecución que el artículo 122 de esta última regula, depende de unos condicionamientos específicos no contenidos en el citado Reglamento; pues como dice el mentado Auto de fecha 12 diciembre 1989, "a la hora de acordar la procedencia o improcedencia de la suspensión de la ejecutividad de un acto se ha de estar a lo que dispone el artículo 122 de la Ley de esta jurisdicción y sus concordantes, porque su suspensión judicial se trata, y otra cosa será lo que acontezca en el cauce administrativo; no es cierto que en este campo de suspensiones en vía judicial se haya relajado el sistema, dado que no hay precepto que lo autorice, así es que ante la imposibilidad de aplicar aquí ningún régimen de suspensión propio de la tramitación administrativa, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la Administración". Máxime que en este caso no se trata de una deuda tributaria, como antes se razona; para la que sería aplicable el Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 agosto, que en punto 1 de su artículo 81 establece que "la ejecución del acto administrativo impugnado se suspenderá a instancia del interesado si en el momento de interponerse la reclamación se garantiza, en la forma que previene el presente artículo, el importe de la deuda tributaria"; pero —repetimos— la deuda que se confina en la liquidación impugnada, de actual referencia, no merece esa calificación jurídica sino la de "precio público".

Por todo lo anteriormente expuesto, la medida cautelar, temporal y provisional, de suspensión de la ejecución del acto impugnado solicitada, sólo encuentra su regulación jurídica en los mentados artículos 122 y siguientes de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que ha sido interpretado por esta Sala en casos semejantes, en el sentido de que, de forma imperativa, procederá dicha medida cuando, sin existir un interés público en que la ejecución se lleve a efecto, con ella, hayan de ocasionarse al actor daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Como primera premisa para calificar los daños referidos, es menester que, cuando menos, se aleguen por el solicitante los hechos en que han de consistir los mismos y demuestre, aunque sea indiciariamente, el referido evento dañoso o perjudicial. A este respecto la doctrina de esta Sala tiene establecido que, cuando se trata de la ejecución de una deuda dineraria, que por su cuantía no cause un grave detrimento para el deudor, unido a la solvencia de la Administración, ello hace que, de su ejecución anticipada sin esperar a la resolución judicial definitiva, hayan de ocasionarse daños o perjuicios que la norma prevé, y siempre para el supuesto de que luego el demandante obtenga del Tribunal una resolución favorable para sus intereses.

En el supuesto de actual referencia se trata de la posibilidad, para la Administración, de ejecutar una liquidación consistente en dinero, a la que no le es de aplicación el punto 1 del artículo 81 del Reglamento de procedimiento anteriormente citado, y que por la naturaleza de aquélla, caso de obtener el recurrente una resolución favorable a sus intereses después en el proceso principal, por su cuantía y la fuerza económica de la entidad ejecutada, nunca serían los daños que se le ocasionasen de imposible o difícil reparación.

Por todo ello, al no haberlo entendido también así, el auto al presente combatido, procedente es su revocación, estimándose por ello este recurso de apelación contra aquél interpuesto; declarando en su lugar, que no procede la suspensión del acto administrativo solicitada por la entidad actora en el proceso principal.» (*Auto de 12 de septiembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6791.*)

### *3. Medida cautelar adoptada en la tramitación de un expediente sancionador. Ponderación de los intereses en juego. Prevalece el interés en mantener la ejecutividad.*

«Para decidir con justeza sobre la pretensión de suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado es necesario destacar, como ya hiciere el Abogado del Estado en la oposición que hizo a la misma ante el Tribunal de primera instancia, que la resolución administrativa impugnada es una medida cautelar adoptada por la Administración en uso de la facultad que le confiere el artículo 9 de la Ley 34/1987, de 26 diciembre, de potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar, según el cual el órgano competente para ordenar la incoación del expediente podrá acordar el precinto y depósito de la máquina cuando existan indicios racionales de infracción muy grave, como medida previa o simultánea a la instrucción del expediente sancionador y, asimismo, sin perjuicio de lo establecido en materia de sanciones por juego ilegal, deberá adoptar medidas conducentes al cierre inmediato de los establecimientos en que se organice la práctica de los juegos sin la autorización requerida.

En este caso se ha incoado por la Comisión Nacional del Juego un expediente, según admite la representación procesal de la recurrente, porque la sala de juego que regenta permanece abierta a pesar de haberse denegado por la correspondiente Delegación del Gobierno la renovación de la autorización de funcionamiento de dicha sala de juego, por lo que se da el supuesto contemplado por el artículo 9.2 de la citada Ley 34/1987, de 26 diciembre, lo que obliga a la autoridad competente a adoptar la medida cautelar de cierre inmediato del establecimiento o a confirmar las medidas ya adoptadas por los agentes de la autoridad en cuanto al precinto de las máquinas y cierre del local (art. 9.2, segundo párrafo, de la misma Ley).

Sin entrar en este momento a resolver sobre el fondo de la cuestión, que ha de dirimirse en el proceso principal, consistente en si son o no conformes a derecho las medidas cautelares acordadas por la Autoridad Administrativa al amparo del indicado artículo 9 de la Ley 34/1987, de 26 diciembre, lo cierto es que no cabe suspender aquellas medidas provisionales decididas por la Administración porque, de hacerlo, se desnaturalizaría el carácter cautelar que las mismas tienen y se vendría a resolver, de forma anticipada y sin las debidas garantías, el fondo de la cuestión, que no es otro, como hemos dicho, que la legalidad o no de la propia medida cautelar adoptada por la Administración, si bien, como no se puede desconocer la potestad jurisdiccional para acordar la suspensión de la ejecutividad de los actos impugnados, según establece con carácter general el artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos acudir a la doctrina consolidada de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 noviembre 1993



[RJ 1993, 9824] —Recurso de casación 1012/1992—, y Autos de 15 enero, 21 febrero, 28 febrero, 14 marzo, 18 marzo, 8 abril, 12 abril, 13 abril, 14 abril y 18 julio, todos del año 1994 [RJ 1994, 244, 953, 1236, 1753, 1801, 2685, 2686, 2701, 2702, 2703 y 5643]), según la cual es necesario armonizar el principio de la efectividad de la tutela judicial (arts. 24.1 y 106.1 de la Constitución y 7 y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) con el de la eficacia administrativa (arts. 103 de la Constitución, 45.1, 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 56, 57, 94, 111 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 122.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), de cuya ponderación en este caso se llega a la conclusión de que, si se suspende la ejecutividad de las medidas cautelares acordadas por la Administración, pierde toda eficacia la potestad que a ésta concede el artículo 9 de la citada Ley 34/1987, de 26 diciembre, hasta el extremo de que, de hecho, se vendría a resolver el fondo del pleito anticipadamente, mientras que, si no se suspende la ejecutividad de las medidas provisionales adoptadas al amparo de este último precepto, no se causa indefensión alguna al recurrente porque en el proceso principal se va a decidir precisamente acerca de la legalidad o ilegalidad de las propias medidas cautelares, y, en consecuencia, la Sala se inclina en favor del interés público porque considera que la reparación del perjuicio causado a la empresa que regenta la sala de juego resultaría, en el caso de estimarse la acción que ejercita en el pleito, más factible que la separación del daño que se inferiría al interés general en el caso de suspenderse la ejecución de las medidas cautelares administrativas impugnadas en el proceso, por lo que debemos desestimar el presente recurso de apelación y confirmar la parte dispositiva del auto recurrido en cuanto rechaza la petición de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos impugnados.» (Auto de 8 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10120.)

### III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DISCRECIONALIDAD

#### A) Alcance de las facultades revisoras del Tribunal. Sanción. Control de la proporcionalidad. Fijación de una nueva sanción.

«La cuestión que plantea el recurso de apelación del señor Abogado del Estado queda referida únicamente a si es posible que los Tribunales revisen en su actuación jurisdiccional los criterios aplicados por la Administración en la graduación de las sanciones cuando se realiza dentro de los límites señalados por la norma, debiendo de indicarse al efecto que la jurisprudencia viene manteniendo la procedencia de concretar las sanciones administrativas en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada, correspondiendo a la actividad jurisdiccional no tan sólo la facultad de subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también por paralela razón, adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferibles de principios informadores del Ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y sanción (Sentencia de esta Sala y Sección de 11 junio 1992 [RJ 1992, 4625]) y si bien como indica la Sentencia de 25 octubre 1991 (RJ 1991, 6966), también de esta Sala y Sección, cuando admitida en principio la legalidad de un acto sancionador en cuanto se asienta en una infracción definida previamente y respeta los topes de la sanción, la revisión correctora del mismo deberá asentarse en razonamientos basados en datos claros y ciertos que pongan de mani-

fiesto los criterios de proporcionalidad que se suponen infringidos, de forma que cuando estos datos no constan en los autos, la reducción de la sanción impuesta legítimamente por el órgano que ejerce aquella potestad sancionadora, constituye un puro acto de voluntad impropio de la actividad jurisdiccional, no puede predicarse tal aserto a la revisión que de la sanción realiza la sentencia apelada, si se tiene en cuenta un dato que obvia el señor Abogado del Estado, cual es que la sentencia de instancia considera desvirtuada la infracción detectada relativa a la carencia en el establecimiento del llamado Libro de Inspección e Incidencias por cuya razón aun cuando no lo explicita, expresamente, reduce la sanción a imponer a la expresada cifra de 75.000 pesetas, por cuya razón no puede decirse que la decisión que adopta tenga un marcado acento voluntarista impropio de la actividad jurisdiccional, sino acomodamiento de la sanción a la única infracción que a su juicio subsiste: no llevar incorporada una de las máquinas el documento original de solicitud del cambio de máquina ni guía de circulación y si la Administración por esta infracción y la carencia del Libro de Inspección e Incidencias estimó que la sanción a imponer era la de 100.000 pesetas, desvirtuada esta última como expresamente se admite por el Tribunal de instancia acomoda la cuantía de la sanción a imponerse a la única infracción que subsiste.» (*Sentencia de 14 de diciembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9791.*)

**B) Control jurisdiccional. Alcance de los poderes del juez. Anulación del acto administrativo y orden de expedición de la licencia.**

\*No acierta esta Sala a encontrar dónde está la infracción, que denuncia el Abogado del Estado, de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la Administración en la concesión de permisos de armas, idéntica, por otra parte, a la que esta misma Sala ha establecido sobre el uso de potestades discrecionales por la Administración en cualquier otra materia, según la cual la discrecionalidad obliga a razonar y motivar la decisión adoptada de forma suficiente (*Sentencias del Tribunal Supremo de 15 octubre 1981 [RJ 1981, 3673], 15 junio y 13 julio 1984 [RJ 1984, 3384 y 4673], 9 diciembre 1986 [RJ 1987, 1027], 26 enero 1987 [RJ 1987, 1991] y 7 febrero 1987 [RJ 1987, 2908]*), y, en consecuencia, el defecto de motivación de la resolución administrativa denegatoria de la licencia de armas, que muy clara y expresivamente señala la sentencia apelada, es causa de la anulación de aquélla, por lo que, al haberlo así declarado, no ha infringido la doctrina jurisprudencial al respecto, sino que, antes bien, la ha aplicado estrictamente, como ya expresamos en nuestra Sentencia de fecha 5 abril 1994 (RJ 1994, 2684) (*Recurso de apelación 10773/1990*) en otro supuesto idéntico al presente.

Es cierto que la Sala de primera instancia no se ha limitado a anular la resolución denegatoria de la licencia de armas para que la Administración decida de nuevo motivadamente, sino que, al considerar que concurren circunstancias determinantes de su concesión, ordena que se expida aquélla. Esta decisión es también ajustada a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo porque, aunque una norma atribuya una potestad discrecional a la Administración, ésta viene obligada a una valoración correcta de los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación (*Sentencias de 22 febrero 1984 [RJ 1984, 6186], 1 diciembre 1986 [RJ 1987, 416] y 15 diciembre 1986 [RJ 1987, 1139]*), y la ya citada de esta Sala y Sección de 5 abril 1994), y el Tribunal *a quo*, después de constatar las circunstancias personales y profesionales que concurren en el solicitante de la licencia, llega a la conclusión de que tiene las condiciones legales para que se le conceda la licencia pedida, por más que la específica del personal que desempeña funciones profesionales de vigilancia y seguridad sea de tipo S y no B.

Como hemos recogido por todas en nuestra Sentencia de 2 julio 1994 (RJ 1994, 5906) (Recurso de apelación 4709/1991), la naturaleza revisora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, haciendo inaplicable el control que le encomienda el artículo 106.1 de la Constitución, y, en consecuencia, basta el hecho de que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido para que se estime cumplido el principio de contradicción y, en consecuencia, debe el Tribunal resolver el fondo del asunto siempre que existan, como en este caso, elementos de juicio suficientes para ello.

La razonada y exhaustiva fundamentación de la sentencia apelada, acorde en todo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo en orden a la necesidad de motivación de las resoluciones administrativas basadas en el uso de potestades discrecionales y más en concreto en materia de licencia de armas, suficientemente conocida por la Administración apelante, obligan a estimar su actuación, al interponer el presente recurso de apelación, como temeraria y, en consecuencia, acreedora de la imposición de costas, según ha declarado este Tribunal, entre otras, en Sentencias de 7 noviembre 1984 (RJ 1984, 5396), 8 y 23 febrero 1988 (RJ 1988, 729 y 932) y 5 abril 1994 (Recurso de apelación 10773/1990), al interpretar y aplicar el precepto contenido en el artículo 131.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.» (*Sentencia de 7 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10119.*)

C) *Control del acuerdo de necesidad de ocupación. Competencia de los tribunales para declarar si en la determinación de la ubicación de un cementerio existió arbitrariedad o irracionalidad.*

«La representación procesal del Ayuntamiento apelante afirma que no es esta Jurisdicción la competente para señalar el lugar más idóneo para la instalación de un Cementerio municipal, lo cual es cierto, pero no lo es menos que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha de velar para que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad y como una manifestación, entre otras, de esta función se encuentra el control que debe ejercer para que el acuerdo de necesidad de ocupación sea adecuado al fin de la expropiación, de manera que aunque, efectivamente, no son los Tribunales los llamados a elegir el terreno en el que ha de construirse el Cementerio, sin embargo deben declarar si, al escogerlo, la Administración ha incurrido en arbitrariedad o irracionalidad por no reunir aquél las condiciones que justifican la concreta expropiación que se enjuicia (Sentencia citada de 3 julio 1993 —recurso de apelación 1381/1991—, fundamento jurídico séptimo), y así lo considera la Sala de primera instancia por dos razones. La primera porque dentro del propio término municipal existe un terreno, adquirido por el Ayuntamiento anteriormente, con el fin de tener un solo Cementerio, y la segunda por el hecho de que la propia Corporación municipal, en sesión plenaria, una vez iniciado el pleito, decidió por mayoría el cambio de ubicación del Cementerio y solicitar a la Consejería de Sanidad la dispensa en la distancia para su construcción.

A los dos indicados argumentos, expuestos en la sentencia apelada, replica la representación procesal del Ayuntamiento apelante en su escrito de alegaciones, al expresar que la mayor parte de aquel terreno, adquirido para la instalación de un Cementerio, se ha destinado a fines deportivos y que, en la actualidad, resulta más conveniente al interés general que cada Parroquia del término municipal cuente con su propio Cementerio en lugar de existir uno solo para todas, además de que la Con-

sejería de Sanidad y Seguridad Social del Gobierno Balear no ha autorizado la instalación del Cementerio en el nuevo emplazamiento acordado por la Corporación, al estar situado a una distancia inferior a quinientos metros de una zona poblada, como establece el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 julio, según acredita mediante copia de la comunicación recibida, con fecha 13 de agosto de 1991, del Gobierno Balear.

En cuando a la primera de las objeciones que se formulan a la sentencia, no se puede impedir al Ayuntamiento que cambie de política con el fin de dotar a las diferentes Parroquias del Municipio de su respectivo Cementerio, pero resulta razonable que el terreno a ocupar con la aludida finalidad cuente con los accesos imprescindibles para ello, lo que, como admitió el Ayuntamiento en su contestación a la demanda, no sucede en este caso, de manera que la proximidad del lugar elegido a la Parroquia en cuestión carece de sentido cuando aquél no es, al tiempo del acuerdo de necesidad de ocupación, accesible, y, en consecuencia, adolece dicho acuerdo de coherencia con el fin a que tiende la expropiación, cual es dotar de un Cementerio independiente a una de las Parroquias del Municipio, la que, al parecer, tiene un antiguo Cementerio de singular valor histórico-artístico, que no es aconsejable ampliar por el negativo impacto visual que con la ampliación se produciría, pero que no se solucionará con la instalación de otro Cementerio en un lugar al que no se puede acceder cuando éste se escoge, entre otros posibles, para el fin indicado.

La concurrencia de las circunstancias indicadas fueron, entre otras, las que determinaron a la Corporación Municipal, durante la tramitación del pleito en la primera instancia, a considerar más idónea la ubicación del nuevo Cementerio en otros terrenos adquiridos por el Ayuntamiento, pero que, al distar de un núcleo de población menos de quinientos metros, era preciso interesar autorización o dispensa del Gobierno de la Comunidad Autónoma, y cuya provisional negativa se esgrime ahora para justificar la necesidad de ocupación del terreno elegido en el acuerdo que se combate en este proceso.

No podemos, sin embargo, concluir de tal negativa a instalar el Cementerio sobre el terreno municipal, por razones de distancia inferior a quinientos metros de una zona poblada, que el suelo idóneo fuese el anterior, ya que subsiste la inexistencia de accesos a éste y, además, la decisión del Gobierno Balear, a través de la Consejería de Sanidad y Seguridad Social, deja a salvo que se acrediten "razones de índole geográfico, sanitario y medioambientales, al efecto, de entidad bastante para ello", de manera que será el propio Ayuntamiento apelante el que habrá de justificar suficientemente estos motivos, a los que, de momento, la Comunidad Autónoma ha condicionado la aplicación de la excepción contemplada por el párrafo segundo del artículo 50 del mentado Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, y, en consecuencia, este hecho no desvirtúa la suficiencia de los argumentos que el Tribunal *a quo* ha tenido en cuenta para declarar no conforme a derecho el acuerdo impugnado de necesidad de ocupación y, consiguientemente, anularlo.» (*Sentencia de 7 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10467.*)

#### IV. CONTRATOS

*Intereses de demora. Se confirma la doctrina sobre la no aplicación del artículo 1110 del Código Civil.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Se impugna en las presentes actuaciones la desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra otra desestimación, asimismo presunta, en vir-

tud del silencio administrativo, de una solicitud de pago de intereses de demora por retraso en la aprobación y abono de la liquidación provisional de unas determinadas obras llevadas a cabo en un Hospital. La sentencia objeto de la presente apelación ha estimado el recurso contencioso-administrativo de que se trata, y, en su consecuencia, ha anulado las antes expresadas resoluciones y ha declarado el derecho de la entidad recurrente a que por la Administración demandada se le abonen 447.208 ptas. en concepto de intereses de demora de la liquidación provisional de las obras del caso.

La apelación planteada por la Abogacía del Estado se apoya, fundamentalmente, al decir que la reclamación de intereses formulada por la recurrente tuvo lugar con evidente posterioridad al percibo por la misma a su satisfacción del principal de las cantidades reclamadas, por lo que resulta de plena aplicación lo prevenido en el artículo 1110 del Código Civil, conforme al cual el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos. La sentencia de instancia ha entendido que el referido artículo 1110 del Código Civil no es aplicable a la contratación administrativa.

Resulta, pues, de lo que se ha indicado en el fundamento anterior que la cuestión principal planteada en esta apelación se concreta en determinar si es o no aplicable en el supuesto enjuiciado lo previsto en el referido artículo 1110 del Código Civil. En relación con el problema que se acaba de indicar hay que decir que este Tribunal viene declarando reiteradamente (Sentencias, entre otras, de 21 febrero 1983 [RJ 1983, 917], 15 abril 1987 [RJ 1987, 4498] y 28 septiembre 1993 [RJ 1993, 6986]) que el aludido artículo 1110 no es de aplicación en los contratos administrativos. Razones de coherencia jurisprudencial obligan, por tanto, a resolver el problema que se viene examinando en el mismo sentido en que lo ha sido por la sentencia apelada.» (Sentencia de 4 de julio de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 5530.)

## V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*Plazos. Un Ayuntamiento no puede señalar días inhábiles, porque forma parte de la normativa estatal básica.*

«La sentencia apelada ha anulado las resoluciones del Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) por las que se habían declarado inhábiles todos los sábados del año, a efectos de cumplimiento y cálculo de los plazos establecidos en los artículos 59 y 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Fundado el acuerdo municipal en que la Ley 9/1987, de 12 junio, modificada por la 7/1990, de 19 julio, autoriza a los funcionarios a intervenir en la fijación de las condiciones de trabajo, en cuya virtud se alcanzó un acuerdo, por el que su jornada laboral se fijó en 35 horas semanales, de lunes a viernes, de donde surge la lógica consecuencia de tener que declarar inhábiles los sábados, sin embargo este fundamento no tiene en cuenta que las facultades de participación de los funcionarios en la negociación de sus condiciones de trabajo no implican la de modificar las normas legales reguladoras de los procedimientos por medio de los cuales los entes públicos toman sus decisiones, materia excluida, además, del ámbito competencial de los Municipios, porque el artículo 149.1.18 de la Constitución considera competencia exclusiva del Estado “el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de la organización propia de las Comunidades Autónomas”, concepto en el que debían considerarse integradas las reglas sobre cómputo de plazos contenidos en los mencionados artículos 59 y 60, siendo de notar, en apoyo de este criterio, que también en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 noviembre 1992, se contiene una regulación

del cómputo de los términos y plazos que se impone a todas las Administraciones Públicas, precisamente en ejercicio de la mencionada competencia estatal.

Por otra parte, que el artículo 60.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 dijese que "siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo feriados", no transmite a los entes locales la competencia para "expresar otra cosa", sino que se limita a fijar una regla general de aplicación, dejando a salvo la posibilidad de que el propio legislador haga alguna previsión específica para casos particulares.

Señalaremos, asimismo, que la apreciación del Ayuntamiento de que de hecho en las oficinas públicas no se trabaja los sábados, será, en su caso, un acontecimiento al que podría hacer frente la normativa estatal, pero que desde luego escapa a una reglamentación derivada de un pacto sobre condiciones de trabajo.

Por último, indicaremos que ni la ampliación de los plazos redundará, sin más, en una mayor garantía para los administrados, puesto que también hay que tener en cuenta la posición de terceros interesados, cuya seguridad jurídica pende de que transcurran los términos que les permitan considerar consolidada su situación frente a cualquier reclamación de intervención administrativa, ni, por otra parte, aunque se aceptase la afirmación general de una mayor garantía originada por la ampliación de los plazos, no por eso su regulación competiría al Ayuntamiento, con arreglo al ordenamiento jurídico vigente.» (*Sentencia de 13 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8315.*)

## VI. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### *Competencias. Artículo 149.1.1 CE. Autorización administrativa autonómica y ruptura de las condiciones de igualdad de los ciudadanos.*

«Se cuestiona también por la Asociación apelante la competencia de la Comunidad Autónoma para regular el sistema de autorizaciones de explotación de máquinas recreativas apartándose de la regulación estatal al respecto, contenida en el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 877/1987, cuyo artículo 3 dispone que "los preceptos de este Reglamento referentes a la homologación y clasificación de las máquinas; registros nacionales; régimen de importación y exportación; identificación documental de las máquinas en lo que a Guía de Circulación se refiere, así como aquellos otros conceptos que pudieran incidir en el orden público y la seguridad ciudadana, serán de aplicación en todo el territorio nacional, teniendo el resto de las mismas el carácter de supletorio que constitucionalmente les viene reconocido para aquellas Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en materia de juego", de donde dicha Asociación apelante deduce que se ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, al atribuir éste competencia exclusiva al Estado sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ya que con las autorizaciones temporales de explotación de máquinas recreativas y las consiguientes renovaciones periódicas de las mismas se configura en el ordenamiento jurídico autonómico un régimen de explotación distinto al vigente en el resto del Estado con menoscabo del derecho a la libertad de empresa y de la unidad de mercado o libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Con el mismo método que hemos procedido en el examen de los demás motivos de impugnación, basados en la vulneración por el ordenamiento jurídico combatido de derechos y principios constitucionales, debemos ahora citar la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida, entre otras, en sus Sentencias 52/1988 (RTC 1988,

52), fundamento jurídico 4.º; 186/1993, de 7 junio (RTC 1993, 186), fundamento jurídico 3.º; 225/1993, de 8 julio (RTC 1993, 225), fundamento jurídico 3.º; 227/1993, de 9 julio (RTC 1993, 227), fundamento jurídico 4.º; 163/1994, de 26 mayo (RTC 1994, 163), fundamento jurídico 3.º; y 164/1994, de 26 mayo (RTC 1994, 164), fundamento jurídico 4.º, según la cual el artículo 149.1.1.º de la Constitución no exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todas las materias y en todo el territorio del Estado, pues tal uniformidad sería incompatible con la autonomía constitucionalmente garantizada, de manera que, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que impone dicho precepto es una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero no una absoluta identidad de las mismas, aunque así pueda ocurrir, excepcionalmente, cuando exista una justificación bastante para ello.

En la mencionada Sentencia 163, de 26 mayo 1994 (fundamento jurídico 3.º), el Pleno del Tribunal Constitucional afirma que es notorio que en la fijación por la Constitución de las materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden asumir estatutariamente competencias (art. 148.1), o sobre las que se reservan al Estado —indisponibles, por ello, para los Estatutos de Autonomía (art. 149.1)— no existe ninguna mención expresa en relación al juego en general, como tampoco se hace en dichos Estatutos; pero en éstos, con la única excepción de la Comunidad Autónoma de Madrid, aparece, con el singular y uniforme título de “casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas”, la atribución a las correspondientes Comunidades Autónomas de competencias de diferente cualidad y alcance, pues a algunas, entre ellas Andalucía, se le atribuye competencia exclusiva (art. 13.33 de su Estatuto de Autonomía).

En consecuencia, con arreglo a la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución, “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos...”, y dado que en el artículo 149.1 no se reserva al Estado competencia alguna bajo el enunciado de “casinos, juegos y apuestas”, cabe afirmar que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva sobre esa materia, excepto las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas, y que esta competencia comprende el régimen jurídico de las autorizaciones de explotación de las máquinas recreativas y de azar.

Ahora bien, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 163/1994, de 26 mayo (fundamento jurídico 3.º), ni el silencio del artículo 149.1 de la Constitución respecto al juego ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía (entre ellos el de Andalucía) califiquen de exclusiva la competencia autonómica (excepto las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas) puede interpretarse como equivalente a un total desapoderamiento del Estado, pues ciertas materias y actividades, que bajo otros enunciados el artículo 149.1 de la Constitución reserva a aquél, se encuentran ligadas con el juego, ya que éste, por su complejo carácter como fenómeno sociológico e incluso económico, presenta diversidad de aspectos que pueden situarle en el ámbito de otros títulos competenciales reservados al Estado por el referido artículo 149.1 de la Constitución, aparte de que la calificación jurídica y el alcance de las competencias de las Comunidades Autónomas no pueden hacerse derivar únicamente de una lectura aislada de la denominación que reciben en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante, que no se agota ni disminuye por la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida, no pueden oponerse a las normas constitucionales que, en su caso, reconocen al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia.

En este ámbito reservado al Estado por el número 1.º del artículo 149.1 de la Constitución, al alterarse (según la tesis de la apelante) con las autorizaciones temporales de explotación de máquinas recreativas las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, es donde radi-

ca, en opinión de la Asociación demandante y ahora recurrente, la asunción de competencias que no corresponden a la Comunidad Autónoma, lo que invalida las normas promulgadas al respecto por los Organos de ésta.

Estimamos, por el contrario, según hemos justificado en los precedentes fundamentos jurídicos, que con las autorizaciones temporales de explotación de las máquinas recreativas y sus renovaciones periódicas no se atenta contra el derecho a la libertad de empresa ni se quebranta el principio de unidad de mercado o de la libre circulación de bienes en todo el territorio español, y consiguientemente consideramos que no se altera ninguna condición básica en el ejercicio de tales derechos determinante de la competencia exclusiva del Estado, lo que nos obliga a rechazar también este motivo de impugnación directamente relacionado con los dos anteriores, pues, como ha expresado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 284/1993, de 30 septiembre (RTC 1993, 284) —fundamento jurídico 4.º—, “el común denominador normativo que las normas básicas encierran, dirigido a asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales, no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacías de contenido las correlativas competencias de la Comunidad”.

Al regular la Comunidad Autónoma de Andalucía el régimen jurídico de las autorizaciones de explotación de las máquinas recreativas ha actuado en el ámbito de su competencia y, al establecer un límite temporal de validez a las mismas con la exigencia de renovaciones periódicas, lo ha hecho en forma proporcionada al fin perseguido de garantizar su homologación continua y de preservar los derechos de los usuarios de aquéllas en evitación de fraudes, por lo que las posibles diferencias con el régimen de autorizaciones estatal o de otras Comunidades Autónomas se justifica con la finalidad pretendida y no se vulnera, según lo expuesto anteriormente, la igualdad básica de todos los españoles al respetarse la libertad de empresa y la unidad de mercado.» (*Sentencia de 23 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 10352.*)

## VII. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Pleno extraordinario del Ayuntamiento. Nulidad radical de la convocatoria que no respeta el plazo mínimo de dos días, a pesar de que los concejales impugnantes pudieron obtener la documentación y asistieron al Pleno.*

«El presente recurso tiene por objeto determinar si es conforme a derecho la convocatoria de sesión extraordinaria hecha por el Ayuntamiento de Mazarrón el 25 de septiembre de 1987 y los acuerdos tomados en dicha sesión celebrada el 28 del mismo mes y año. Por los recurrentes, concejales de dicho Ayuntamiento, se funda el recurso en el quebrantamiento de requisitos esenciales exigidos para el acto de Convocatoria consistentes en ausencia de motivación y en no haberse respetado el plazo de dos días hábiles que ha de anteceder a la celebración de toda sesión extraordinaria no urgente por así prescribirlo el artículo 80 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de 28 de noviembre 1986, el artículo 46 de la Ley 7/1985 y el artículo 48 del TRRL (LRDL 781/1986 [RCL 1986, 1238, 2271 y 3551]). A ello se opone por la Administración que la falta de motivación no causó indefensión y el haber transcurrido el plazo de dos días desde la convocatoria y la celebración de la sesión.

Partiendo de los hechos, no discutidos, de que el día 25 de septiembre de 1987, viernes, se produjo la convocatoria de la sesión extraordinaria de que se trata, y de que ésta se celebró el día 28 del mismo mes, lunes, a las 12 horas, es incuestionable que entre la convocatoria y la celebración de la sesión no transcurrido el plazo exigido por la normativa vigente pues resulta indudable que los dos días exigidos han



de ser hábiles, descontándose, por consiguiente, los feriados, y es lo cierto que entre la convocatoria, el 25 de septiembre y la sesión celebrada el 28 no existieron dos días hábiles por haber en medio un domingo, el día 27. Y ello es así cualquiera que sea el día inicial que se tome para el cómputo, pues en nuestro Ordenamiento Jurídico *dies a quo non computatur in termino* pero debe transcurrir por entero el día final, dado el sistema de cómputo civil en nuestros derechos para los plazos por días, por ello ya se tome como inicial el día de la convocatoria o el de la notificación a los concejales no transcurrieron completos dos días hábiles antes de la sesión celebrada. Y siendo ello así, hay que estimar aplicable el apartado c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo en el párrafo que sanciona como nulidad absoluta o de pleno derecho el quebrantamiento de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados. Y esencial hay que considerar la norma que prescribe el transcurso de dos días hábiles, como mínimo, entre la convocatoria y la sesión extraordinaria, salvo que ésta haya sido declarada urgente, artículos 46.2.b) de la Ley 7/1985, 48 del TRRL y 80.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 1986, pues es un plazo de garantía que permite el conocimiento y examen de los asuntos incluidos en el Orden del día a que se refieren los artículos 84 del mismo Reglamento y 46.2.b) de la Ley 7/1985. La sanción de nulidad por defectuosa convocatoria no puede entenderse subsanado en el presente caso por el hecho de que los dos concejales recurrentes estuviesen presentes en la sesión, pues para que tal presencia pudiera tener eficacia subsanadora de la convocatoria viciada hubiera sido precisa la presencia de todos los miembros de la Corporación y su acuerdo unánime de celebrar la sesión, por aplicación del artículo 10.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, unanimidad que no se produjo por la oposición formulada por los dos concejales ahora recurrentes. También debe estimarse la alegación de falta de motivación de la convocatoria, motivación que había de producirse en todas las convocatorias de sesiones extraordinarias (art. 80.1 ROF), si bien este vicio conduce a la anulabilidad del acto (art. 48.2 LPA).»

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Entrando, pues, en el estudio de la referida cuestión común, la misma, necesariamente ha de recibir idéntica solución a la de la sentencia apelada al no desvirtuar las argumentaciones de la misma, motivo por el que se impone la desestimación de la apelación y la confirmación de dicha sentencia. En efecto, y siguiendo el orden expositivo del escrito de alegaciones, el que el hecho de no haber transcurrido el tiempo suficiente entre la convocatoria y la celebración del Pleno deba decaer ante el de haber podido, de haberlo intentado, disponer los actores de cuanta información hubieran precisado para la formación de la voluntad de la decisión a adoptar, sin que puedan alegar indefensión en ningún momento al no constar negativa de funcionario alguno a facilitar dicha información y cuanto hubiesen deseado, es un argumento totalmente inconsistente, toda vez que, aparte de no constar probada tal disponibilidad de información, la *ratio legis* de los artículos 46.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las bases del Régimen Local, 48.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y 80.4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobados, respectivamente, por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, y Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, es la que la información sea completa y con tiempo de reflexión, fijándose al efecto el plazo de dos días hábiles, lapso necesario como mínimo y que quizás resultase insuficiente en el caso de autos, relativo a una sesión en que iba a deliberarse sobre las aprobaciones iniciales de la delimitación de un polígono de la modificación de un Plan Parcial y de tres Proyectos de Compensación, la aprobación definitiva de un Proyecto de Urbanización y las acep-

taciones de servicios y cesiones de una urbanización; el que al no haberse producido perjuicio alguno la interpretación de las normas jurídicas deba ser favorable a su eficacia, es una opinión desacertada en grado sumo, por cuanto aparte de la primacía de lo jurídico sobre lo eficaz, la eficacia de los preceptos citados descansa a todas luces en la exigencia del referido lapso temporal; y por último, el que la anulación de los acuerdos ocasionaría perjuicios irreparables a la Corporación y ninguna para los recurrentes, es una alegación que, además de improbadada, en modo alguno es admisible como exculpación de una nulidad de pleno derecho. Ello aparte de que el apelante no dedica atención alguna a otra causa de anulación, la falta de motivación de la convocatoria, exigida al respecto por los artículos 48 y 80 antes citados.» (*Sentencia de 5 de julio de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 5532.*)

**B) Bienes comunales. Su desafectación está implícita en el acuerdo de necesidad de expropiación.**

«El problema central del litigio consiste, pues, en determinar si la expropiación de 839,1 hectáreas de terrenos que constituían bienes comunales del Ayuntamiento de Barbate, gestionados por la denominada "Junta de Hazas", iniciada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 julio 1981, es o no nula de pleno derecho, según el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y concordantes, por no haberse tramitado y resuelto expediente, de desafectación de los bienes comunales expropiados, como exige el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 mayo 1955 (texto vigente por razón de la fecha de los hechos cuestionados), y reitera el artículo 81.1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 abril 1985, añadiendo que, equiparando el artículo 132.1 de la Constitución el régimen jurídico de los bienes comunales al de los de dominio público, y siendo desde luego inalienables sin previo expediente de desafectación, la expropiación llevada a cabo vulneró el citado artículo 132.1, dando lugar a su nulidad radical. Entendemos que no procede aceptar dichos razonamientos, ya que, en primer lugar, la utilidad pública que constituye el fin y fundamento de la expropiación forzosa se sobrepone a la utilidad o interés público que para el Ayuntamiento de Barbate y el Común de sus Vecinos tienen los bienes comunales expropiados que formaban parte de las denominadas "Hazas de Suerte". En los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario un expediente de desafectación de tales bienes, porque la desafectación está implícita en la expropiación y en la consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó. En el presente supuesto concurre además la específica circunstancia de que el Ayuntamiento de Barbate, cuando se verificó la expropiación, tomó en cuenta la posibilidad de que fuera necesario instruir y resolver un expediente de alteración jurídica de los bienes afectados por la expropiación forzosa derivada del Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 julio 1981, consultando a este efecto a la Dirección General de Administración Local del entonces Ministerio de Administración Territorial. Dicho Centro Directivo respondió en 13 de abril de 1982, como consta en las actuaciones, que, en razón de la especialidad de la materia, no era necesario tramitar el referido expediente, habida cuenta que la calificación jurídica (de los bienes comunales) viene alterada por su destino futuro y resulta "implícita" en actos administrativos dictados en vía expropiatoria, con iguales o mayores solemnidades que las previstas en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 mayo 1955. En efecto, el apartado 3 del mencionado artículo 8 exceptúa del expediente de desafectación los casos en que la alteración derivare expresa o "implícitamente" de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas para el procedimiento de desafectación; como ocurre con el desenvolvimiento de la expropiación forzosa objeto del litigio, en que la declaración de utilidad pública y

necesidad de la ocupación de los bienes demuestra la procedencia del cambio de afectación, existiendo asimismo trámite de información pública (al que hace referencia la Orden de 19 agosto 1981, que hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 julio del mismo año). Equivalente excepción al expediente de desafectación se contiene en el artículo 81.2, apartado *a*), de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 abril 1985, cuando establece que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales se produce automáticamente por la aprobación definitiva de los proyectos de obras y servicios. De tales razones ha de concluirse que la expropiación forzosa de los bienes comunales que formaban parte de las "Hazas de Suerte" no exigía expediente de desafectación, pues tal desafectación estaba implícita en la expropiación de los bienes para fines de utilidad pública, así lo reconocía el artículo 8.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955, entonces vigente, y así lo entendió el Ayuntamiento de Barbate en virtud de la consulta formulada con este fin específico a la Dirección General de Administración Local y de la respuesta fechada el 13 de abril de 1982. A cuanto queda expuesto ha de unirse que, según se expresa en el escrito de demanda, el Ayuntamiento de Barbate, en sesiones plenarios de 4 de junio de 1982 y 10 de febrero de 1984, acordó aceptar la expropiación y la consiguiente valoración de los bienes sujetos a la misma, cuyo importe le fue satisfecho, aceptación que también prestó la "Junta de Hazas" en sesiones de 2 de junio de 1982 y 17 de febrero de 1984, por lo que impugnar ahora la validez de unas actuaciones a las que las entidades afectadas prestaron legalmente su consentimiento, implica realizar una conducta contraria a sus propios actos, fundándose en pretendidos vicios de forma que no se tuvieron en cuenta en su momento y que, además, como hemos razonado, no se produjeron en el sentido en que las entidades demandantes manifiestan.» (*Sentencia de 30 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 739.*)

### VIII. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

*Puerto Autónomo. Naturaleza. Ente instrumental, no organismo autónomo, dotado de un alto grado de autonomía y representante del interés general.*

«El primer escollo que ha de salvar este recurso, es el de si se halla legitimado activamente, o facultado para promoverlo, el Puerto Autónomo de Bilbao. Este asevera que se trata de una Entidad pública que gestiona en el sector portuario intereses generales, y que asume la representación y defensa de los mismos, por lo que cumple el requisito exigido por el artículo 102.*b*), apartado 1, de dicha Ley. Hemos de partir de que la Sentencia del Pleno de esta Sala, de 23 noviembre 1993 (RJ 1993, 8883), afrontó el tema de la legitimación en este recurso, bien que referido a las Administraciones Públicas Territoriales, pero no cerró el paso, pues no era cuestión debatida, a si también la ostentaban Administraciones o Entidades del tipo de la que ahora nos ocupa. Pero sí interesa resaltar que dicha sentencia, con apoyo explícito en la Exposición de Motivos de la aludida reforma procesal, entendió que lo que latía en el fondo de este singular recurso o medio de impugnación era "su vocación de defensa del interés general, que, por definición, sólo puede ser representado por la Administración actuante implicada en su gestión". Esta ha de ser, pues, la perspectiva dominante: si se trata de un Ente público o Administración pública que tiene encomendados intereses generales que han sido lesionados con daño grave y por interpretación errónea del Ordenamiento Jurídico, en virtud de la sentencia recurrida, no habrá inconveniente alguno en tener por legitimado al Puerto de Bilbao que actuó en régimen de Estatuto de Autonomía, como sistema de gestión en la fecha del litigio aplicable, anterior a la Ley 27/1992, de 24 noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El puerto autónomo de Bilbao, al igual que los tres restantes en régimen de Estatuto (Huelva, Barcelona y Valencia), es un ente instrumental público, no propiamente Organismo Autónomo, que tiene un alto grado de autonomía en relación con el Gobierno y con la Administración estatal, pero que gestiona un determinado sector público y, por tanto, representa el interés general: el de un puerto de titularidad estatal como son los puertos de interés general, *ex* artículo 149.1.20 de la Constitución. Interesa destacar que lo que está en juego en el recurso es una potestad administrativa directamente atribuida al Ente público autónomo, como la tarifaria, que la ejercita dentro de la política general tarifaria del Gobierno, y le permite aprobar y aplicar sus tarifas, según se desprende de la Ley 27/1968 de Juntas de Puertos y Estatutos de Autonomía y del Decreto 2408/1978, de 25 agosto, que otorgó el régimen de Estatuto de Autonomía al puerto de Bilbao (art. 11, apartado 9, de este Decreto). No es obstáculo a lo anterior el que una parte de su actividad se sujete al derecho privado, pues, en lo que importa, la aplicación de tarifas es acto administrativo sometido, sin vía previa alguna, al recurso económico-administrativo y al ulterior contencioso-administrativo como sucedió en el caso litigioso, según dispone el artículo 24.2.a) de la Ley citada y precepto correlativo del Estatuto. Tampoco lo es que el interés general gestionado no tenga un ámbito coextenso con el territorio nacional, pues ello no viene exigido por el artículo 102.b).1 de la Ley Jurisdiccional, pues sería absurdo, situados en este precepto, que ostentase legitimación activa un Colegio Profesional de ámbito territorial reducido que incorporase a un sector minoritario de profesionales y no le fuera atribuida al Ente público que gestiona, autónomamente (sin dependencia directa del Estado y con personalidad propia distinta de Este), un sector del interés general o público de tanta relevancia como el portuario, en puerto de interés general. Así, pues, hemos de concluir en que no puede negarse legitimación activa al Ente recurrente y procede examinar la procedencia formal y material del singular recurso o medio impugnatorio por aquél entablado.» (*Sentencia de 19 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 10659.*)

## IX. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

### A) *Cámaras de Comercio. Recurso permanente. Eficacia de la jurisprudencia constitucional en relación a las situaciones anteriores a la Ley de 1993. Situaciones consolidadas.*

«Sin perjuicio de lo que antecede, la Sentencia 179/1994 contiene una limitación y una cautela. Consiste la primera en que se refiere al "régimen de las Cámaras de Comercio existente hasta la Ley 3/1993" (Fundamentos Jurídicos 9 y 10). La cautela se establece en el Fundamento Jurídico 12, cuando dice: "Por último, antes de pronunciar el fallo de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad a que conduce nuestro razonamiento, es preciso determinar cuál es el alcance y efectos que corresponde atribuir a dicho fallo y, en tal sentido, debemos establecer que han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia, no sólo aquellas situaciones que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 de la LOTC), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), todas aquellas otras que no hubieran sido impugnadas en la fecha de publicación de esta sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no pagadas, que no estén pendientes de reclamación o recurso administrativo o judicial interpuestos dentro de plazo antes de dicha fecha, a partir de la cual esta sentencia producirá todos los efectos que le son propios."»

Comenzando por orden inverso al hasta aquí expuesto, hay que señalar que el régimen aplicado a "Radio Murcia, S. A." forzosamente ha de ser anterior a la Ley 3/1993, ya que se trata de una liquidación que se notificó al sujeto pasivo en 12 de diciembre de 1991; así como que en la fecha de publicación de la Sentencia 179/1994 (9 de julio de 1994) la reclamación de "Radio Murcia, S. A." se hallaba pendiente de recurso interpuesto dentro de plazo. Por consecuencia, hay que concluir que la tantas veces citada sentencia del Tribunal Constitucional despliega sus efectos respecto del caso que se enjuicia.

Siendo así, es evidente que "Radio Murcia, S. A." viene obligada al pago de la "cuota cameral" en tanto pertenezca como miembro a la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, de donde, en principio, habiendo formado parte de ella en el ejercicio por el que se le liquidó la cuota, resulta obligada al pago de la misma.

No obstante, en aquel ejercicio era forzosa su adscripción a la Cámara con arreglo a la legislación entonces vigente, la cual ha sido declarada inconstitucional, con efectos *ex tunc*, por la tantas veces citada Sentencia 179/1994, lo que hace que, siéndole ésta de aplicación, pueda pedir su baja o separación de la Cámara (cosa que no consta haya hecho) a partir del ejercicio cuya cuota cameral impugnó, en cuyo caso no vendría obligada al pago de la misma por haber dejado de pertenecer a ella.» (Sentencia de 10 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8682.)

#### B) Colegios Profesionales. Insuficiencia de su reglamento para tipificar infracciones.

«Para la solución de esta apelación ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 93/1991, de 11 junio (RTC 1991, 93), ha otorgado a la recurrente amparo frente a unas sanciones del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid derivadas de hechos similares, y fundadas en normas idénticas, a los que ahora constituyen el objeto de la apelación, y que con la fuerza vinculante que para este Tribunal tiene la doctrina constitucional, forzosamente debe seguirse, dando sentido estimatorio de la apelación a la sentencia que se dicta.

Por lo expuesto, y tal como se expresa en la citada sentencia, ha de considerarse infringido el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, por cuanto que según el Tribunal Constitucional, el Reglamento del Colegio de Farmacéuticos de Madrid que se cita en los actos administrativos recurridos, para la infracción y sanción, no constituye un instrumento normativo válido para tipificar los hechos, ya que no puede tener por objeto la conducta profesional del farmacéutico en su aspecto disciplinario al estar ello reservado a los Estatutos Generales de la Profesión, y en concreto a la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión de 28 septiembre 1934. De modo que, aunque se considera aplicable esta Orden Ministerial, tampoco se cubren las exigencias constitucionales en orden a la predefinición de infracciones y sanciones, dado que el tipo de ella derivado carece de la concreción necesaria, al referirse la sanción impuesta al incumplimiento de acuerdos colegiales, que en este caso regulan la libertad de apertura de oficinas farmacéuticas en vacaciones, que es un ámbito de la libertad de ejercicio de la profesión de farmacéutico, sobre el que los Colegios carecen de habilitación legal suficiente en orden a su regulación. Lo que en definitiva ha conducido a la aplicación de un tipo incompleto, e inexistente con anterioridad a la sanción impuesta.» (Sentencia de 1 de julio de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 5684.)

## X. LIBERTADES PÚBLICAS

*A) Derecho a la educación. No se vulnera el derecho a la educación ni el principio de igualdad cuando se niega la traducción de un examen al castellano a un alumno universitario que voluntariamente se había integrado en un grupo de enseñanza en catalán.*

«El demandante en el proceso apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 octubre 1991, que desestimó su recurso, interpuesto por el cauce especial de la Ley 62/1978, contra la denegación de la petición formulada ante el Profesor Max T., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, de la traducción al castellano del texto del examen de su asignatura, que estaba redactado en lengua catalana, al considerar vulnerados los artículos 3, 14 y 27 de la Constitución.

La sentencia recurrida, tras hacer unas consideraciones de índole general en sus fundamentos de derecho 2.º y 3.º sobre el sentido del derecho a la educación, la incidencia en él de la cooficialidad de otros idiomas distintos del castellano y de las exigencias de no discriminación por razón de idioma, así como de las consecuencias derivadas, en el ámbito de la educación, de la Ley del Parlamento Catalán 7/1983, de normalización lingüística, y en el de la Universidad de Barcelona, de su norma estatutaria, y después de dejar sentado el derecho del alumno a realizar los exámenes en cualquiera de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, analiza el problema litigioso suscitado en el fundamento de derecho 4.º, cuyo contenido puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) Que la asignatura de Historia del Derecho se desarrolló durante el curso 1989-1990 (curso al que se refiere el objeto del proceso) indistintamente en castellano y catalán.

b) Que el Profesor T. (Grupo M6) se expresaba en catalán, y que existía la previa correspondencia entre la opción lingüística del alumno en favor de un profesor, según que éste explique la asignatura en lengua castellana o catalana, y la redacción del texto de los exámenes.

c) Que el recurrente tuvo la opción de pasarse a un grupo de expresión castellana, pudiendo cambiar de grupo por razones lingüísticas, según se preveía al respecto en general al principio de curso.

d) Que en esas condiciones es abusiva la pretensión del actor, cuando se han seguido en catalán las explicaciones académicas, rechazar la redacción del texto en la lengua vehicular del curso por falta de comprensión, lo que va contra los propios actos del recurrente, siendo calificable la exigencia de traducción del texto redactado en catalán de un acto en fraude de ley.

e) Que no se han vulnerado los artículos 14 y 27 CE, porque el profesor le ofreció concurrir a un examen oral en lengua castellana cuatro días después; sin que se presentara "alternativa que no cabe considerar gravosa o discriminatoria respecto de los demás alumnos, dada la causa de deserción del examen, y le participó solventar las dudas lingüísticas en el momento del examen escrito", sino que se considera proporcionada y razonable.

f) Que los derechos fundamentales no pueden entenderse de modo absoluto o desequilibrado, debiendo ejercerse dentro del respeto a la ley y el respeto de los demás.

En las alegaciones apelatorias el recurrente sale al paso de los razonamientos de la sentencia que han quedado sintetizados, en especial del fundamento de derecho 4.º, pudiendo resumirse dichas alegaciones como sigue:

a) Negativa de que se pueda elegir la enseñanza de la disciplina en castellano, afirmando que la certificación en contrario unida a los autos no indica el horario de las clases, y que el recurrente no ha tenido jamás la opción de cursar en castellano su curso académico en su totalidad.

b) Que puede perfectamente pedir la traducción de su examen al castellano, y que calificar esa pretensión de conducta abusiva es ironizar sobre el derecho fundamental.

c) Que con la experiencia del examen de junio, en el que se produjo un incidente similar con el actor, la Universidad pudo haber preparado los textos en castellano.

d) Que el ofrecimiento del profesor de aclarar las dudas lingüísticas es una exigua comprensión de los derechos lingüísticos del demandado.

e) Que en cuanto a la vulneración del artículo 14 CE, "el hecho discriminatorio se produce en el momento en que en un examen de Universidad, independientemente de la lengua en que se exprese el profesor de la asignatura, se solicita la traducción del test del examen a la única lengua que existe obligación de conocer: el castellano", traducción que puede pedir cualquier alumno, suponiendo la negativa a la traducción un acto de discriminación respecto de los demás alumnos, cuyo conocimiento del catalán sea superior, por la dificultad añadida de interpretación de un idioma para los alumnos que no lo tienen como habitual, ni tienen obligación de conocerlo, no pudiéndose sustituir la traducción por los buenos oficios del profesor o por la discriminación que supone la alternativa del examen oral.

f) Que se vulneran todos los números del artículo 27 CE, pues "el hecho de no querer confeccionar los tests y texto del examen en castellano, además de hacerlo en catalán, supone una enseñanza parcial, no rigurosa, discriminatoria excluyente y diferenciadora.

Es una iniciativa absurda, comprometida innecesariamente, contraria precisamente al espíritu universalista de la Universidad, que debiera conceptuarse como creativa, parainfo, mensajera.

Es, en fin, una mediocridad, pero sobre todo una ilegalidad y una vulneración de los derechos fundamentales de la persona".

Por su parte, las alegaciones impugnatorias de la Universidad vienen a ser prácticamente una reiteración de sus alegaciones de contestación a la demanda.

Expuestos los términos de la litis, y proclamando de partida la aceptación de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, ha de comenzarse distinguiendo el derecho al uso del castellano, "lengua oficial del Estado", que "todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla" (art. 3.1 CE) y la pretendida vulneración de los artículos 14 y 27 CE por razón de idioma.

Las hipotéticas vulneraciones del derecho contenido en el artículo 3 CE no pueden convertirse de principio en vulneraciones de los artículos 14 y 27 CE, debiéndose significar por otra parte el diferente rango constitucional de uno y otros derechos.

Todas las alegaciones del demandante tienen que ver más bien con el derecho al uso de la lengua castellana en la educación, que con auténticas violaciones de los artículos 14 y 27, que son los derechos tutelables a través del cauce procesal especial elegido por él.

Sentada la diferenciación anterior, y centrándonos en la perspectiva de los artículos 14 y 27 CE, debe destacarse, como con total acierto lo hace la sentencia apelada, que el demandante tuvo a su alcance la opción de recibir la enseñanza de la asignatura en lengua castellana, posibilidad que él mismo reconoce en el fundamento de derecho II de su demanda, y que, sin embargo, con palmaria contradicción con ese reconocimiento de su escrito base, niega en sus alegaciones apelatorias, cuando la sentencia apelada asienta en ese hecho fundamental la clave de su argumentación de rechazo de la discriminación y de la vulneración del derecho a la educación.

Establecido ese presupuesto fáctico, desde el prisma del derecho a la educación, en su vertiente de obligación prestacional de la Administración educativa, es indudable que tal obligación estaba adecuadamente satisfecha, y que, situado el actor por propia decisión en el ámbito idiomático del catalán, las incidencias del examen en relación con el idioma nada tienen que ver con el derecho a la educación.

Conviene observar que el derecho consagrado en el artículo 27 CE no incluye, como elemento necesario, que la educación deba ser impartida en uno u otro idioma, siendo instrumentos idóneos para ella cualquiera de los oficialmente reconocidos; y si bien lógicamente se vulnera, cuando no se dispensa la educación en un idioma comprensible al educando, no cabe apreciar dicha vulneración, cuando es éste el que, teniendo opción por recibirla en cualquiera de los dos cooficiales, opta por el catalán, pudiendo haberlo hecho por el castellano.

El derecho a la educación no puede situarse en la incidencia de un instante, cuando en sí implica un proceso dilatado en el tiempo. Y resulta pura incoherencia el situarse libremente en ese proceso en un ámbito idiomático, y exigir desde dentro de la opción elegida la traducción de un acto de él al otro idioma.

Los razonamientos del apelante alusivos al derecho a la educación y a su pretendida vulneración, transcritos en el apartado f) del fundamento de derecho anterior, carecen por completo de rigor jurídico, siendo tan sólo un desahogo retórico que ninguna relación guarda con las exigencias del derecho a la educación, en su configuración constitucional en el artículo 27 CE.

En cuanto a la pretendida discriminación, debe observarse que en el momento del examen del grupo en el que libremente se integró el demandante, pudiéndolo haber hecho en otro, en el que la enseñanza se impartiese en castellano, aquél se hallaba en idénticas condiciones que los demás alumnos, al ser para él el examen el mismo que el de sus condiscípulos. La dificultad idiomática no es argumento de recibo, cuando dicha eventual dificultad no era algo que viniera impuesto desde el exterior, sino que era un compromiso libremente aceptado, y, como dice con evidente acierto la sentencia, no le impidió a lo largo del curso seguir las enseñanzas del profesor, impartidas en catalán.

Era el demandante el que en esa situación común se singularizaba, y nada tiene de particular que para satisfacer esa singularización, y obviarle las dificultades, se le ofrecieron las fórmulas que el profesor le ofreció: bien la aclaración en el acto de las dudas idiomáticas que pudiera tener, expediente individualizado con el que se conservaba al máximo de lo posible la igualdad del examen respecto a los demás alumnos, bien un examen diferente en castellano para él solo.

Desde la perspectiva del derecho de igualdad de los demás examinados y la situación singularizada habilitada *ad hoc* para él, pues el tratamiento singularizado que se le ofrecía era la respuesta a su automarginación de las circunstancias en que ese examen se estaba desarrollando, que eran, a su vez, las consecuentes a una opción inicial de integrarse en un grupo de enseñanza en catalán.

Es de impecable rigor jurídico el razonamiento de la sentencia apelada, cuando califica las medidas ofrecidas por el profesor de adecuadas, razonables y proporcionadas al caso, y en la misma medida carecen de eficacia, para desvirtuarlo, las alegaciones apelatorias centradas en el derecho al uso del idioma castellano, lengua oficial del Estado.

No se trata de que el actor pudiera sufrir una discriminación por razón del idioma; esto es, un trato diferente que el de las demás personas, tomadas como término de comparación en una situación determinada, en que uno y otros se hallaban insertos, cuanto de que el demandante, que libremente se había insertado en esa situación común, quería alterarla, imponiendo el uso del castellano respecto a él en esa circunstancia, lo que es jurídicamente diferenciable, según se indicó al principio. Esa imposición en esas circunstancias merece el juicio peyorativo que la sentencia apelada le atribuye, lo que no es, por cierto, ironizar sobre el derecho fundamental, como, con indudable abuso en la calificación, afirma el apelante.

Ha de concluirse, por tanto, proclamando que no se han desvirtuado los funda-



mentos de la sentencia apelada, que debe ser confirmada.» (*Sentencia de 25 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8222.*)

**B) Libertad de empresa y unidad de mercado. La exigencia de una autorización administrativa para renovar las autorizaciones de explotación de máquinas recreativas por una Comunidad Autónoma, no vulnera el principio de unidad económica ni la libertad de empresa.**

«Sostiene la Asociación apelante que la fijación de un plazo para las autorizaciones de explotación de máquinas recreativas, al expirar el cual habrá de solicitarse su renovación del Delegado de Gobernación de la provincia donde la máquina esté instalada previo pago de la tasa de servicios que proceda, vulnera el derecho constitucional de libertad de empresa (art. 38 de la Constitución) porque impone limitaciones al ejercicio empresarial en cuanto establece trabas a la explotación de las máquinas recreativas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Es cierto que tanto en la demanda y en su contestación como en los escritos de alegaciones de este recurso se anuda la restricción del derecho a la libertad de empresa con la obstaculización, constitucionalmente prohibida (art. 139.2 de la Constitución), de la libre circulación de mercancías, de manera que la sentencia apelada, por considerar que ésta no se da, descarta también la primera. Sin embargo, al ser conceptualmente diferentes, debemos analizar separadamente ambos motivos de impugnación.

Si nos ceñimos a la invocada conculcación del derecho a la libertad de empresa, es preciso recordar la doctrina del Tribunal Constitucional [Sentencia del Pleno 227/1993, de 9 julio (RTC 1993, 227), fundamento jurídico 4.e)], según la cual el propio artículo 38 de la Constitución “condiciona el ejercicio de esa libertad a ‘las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación’. Se constata de ese modo, una vez más, la inexistencia en el derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero, además, en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983 [RTC 1983, 111], fundamento jurídico 4.º). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos. La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos o condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas —estatales, autonómicas, locales— que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio”.

De la doctrina expuesta se deduce que la exigencia en el ordenamiento jurídico autonómico de renovar cada cinco años las autorizaciones de explotación de máquinas recreativas, previo pago de la correspondiente tasa de servicios, no conculca el derecho a la libertad de empresa porque sólo conlleva un control externo de la actividad empresarial con el fin de comprobar que se dan los requisitos legalmente exi-

gibles para su ejercicio, sin que resulte relevante que tal requisito constituya una singularidad del que nos ocupa frente al estatal u otros autonómicos, porque, como seguidamente examinaremos, con tal regulación no se hace sino ejercer competencias propias sin invadir las reservadas al Estado, y no es sino una manifestación de la actividad administrativa de policía, con el fin de proteger los intereses de los usuarios de las máquinas recreativas, que no coarta la libertad empresarial para llevar a cabo esta actividad económica en el territorio de la Comunidad Autónoma, puesto que tanto su iniciación como su sostenimiento serán decididos libremente por los empresarios, quienes no sólo podrán actuar en dicho mercado sino también establecer los objetivos de sus empresas, dirigiendo y planificando su actividad en atención a sus intereses, sus recursos y a las circunstancias del propio mercado hasta cesar en la misma. Todo ello, por supuesto, en condiciones de igualdad pero con sujeción a las normas sobre autorizaciones administrativas establecidas por la propia Comunidad Autónoma en uso de sus legítimas competencias.

En lo relativo al principio de unidad de mercado es evidente que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la misma sentencia antes citada, el artículo 139.2 de la Constitución establece un límite a las competencias autonómicas en materia de comercio interior, pero no diseña un reparto competencial conforme al cual la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado obligue a que la apertura de establecimientos comerciales quede integrada en un mismo y único sistema normativo estatal (Sentencias del Tribunal Constitucional 1/1982 [RTC 1982, 1], fundamento jurídico 7.º, y 95/1984 [RTC 1984, 95], fundamento jurídico 7.º), lo que vulneraría el reconocimiento constitucional y estatutario de competencias autonómicas sobre comercio interior.

Con idéntica orientación, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 225/1993, de 8 julio (RTC 1993, 225), reconoce que aunque "entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional...", la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.º de la Constitución Española y en el precepto del Estatuto de Autonomía, por extensiva que se pretenda, no impide la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación en la producción".

Si aplicamos esta doctrina a la exigencia de renovaciones periódicas (cada cinco años) de la autorización de explotación de máquinas recreativas, impuesta por el ordenamiento jurídico autonómico que nos ocupa, no exigible entonces por el estatal (artículo 22.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por el Real Decreto 877/1987, de 3 julio, que preveía que la autorización de explotación será única y válida para todo el territorio de aplicación del presente Reglamento y durante el plazo de vigencia de la respectiva Guía de Circulación, cuya validez, según el artículo 19.2 del propio Reglamento, subsistía durante la vida de la máquina), se puede afirmar que no es un requisito exento de lógica ni carente de adecuación para proteger otros derechos, como es el de los usuarios de las máquinas recreativas, y además no constituye una carga excesiva o desproporcionada para las empresas operadoras, que no verán denegadas dichas renovaciones si la máquina reúne los requisitos legal y reglamentariamente establecidos por tratarse de un acto rigurosamente reglado, lo que evita hipotéticas arbitrariedades o injustificadas restricciones a la libertad de empresa, o desviaciones de poder, y que, de darse, podrán ser controladas y reparadas jurisdiccionalmente, y, en consecuencia, la validez temporal de la autorización de explotación de las máquinas recreativas y la necesidad de su renovación periódica no violan el mandato contenido en el artículo 139.2 de la Constitución relativo a la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional.

La tesis de la Asociación apelante acerca de la violación del derecho a la libertad de empresa y de la ruptura de la unidad de mercado, dada la no exigencia de reno-

vaciones periódicas de la autorización de explotación de las máquinas en el ordenamiento estatal y en otros autonómicos, ha devenido carente de base porque el artículo 48.3 del vigente Reglamento estatal de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 593/1990, de 27 abril, modificado por Real Decreto 259/1993, de 19 febrero, establece que "La autorización de explotación corresponderá al Gobernador Civil de la provincia; será única y exclusiva para la máquina y tendrá una vigencia de cuatro años, a contar desde el 31 de diciembre del año de su otorgamiento, pudiendo ser renovada en los plazos y condiciones previstos en el artículo 23.5". Con esta nueva regulación, el sistema de renovaciones de las autorizaciones de explotación de máquinas recreativas en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el estatal son coincidentes, lo que impide plantear la existencia de trabas o limitaciones para la libertad de empresa en dicho ordenamiento autonómico o el quebrantamiento del principio de unidad de mercado, ya que las autorizaciones de explotación de máquinas recreativas son, en todo caso, temporales por tener una vigencia limitada, al cabo de la cual pueden ser renovadas en los plazos y condiciones previstos legal y reglamentariamente.» (*Sentencia de 23 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 10352.*)

## XI. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### A) *Necesidad de ocupación.*

Vid. III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. C) *Arbitrariedad e irracionalidad.* (*Sentencia de 7 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10467.*)

### B) *Ocupación temporal. Premio de afección. No procede reconocer cantidad alguna.*

«Finalmente, defiende el propietario apelante su derecho al premio de afección sobre la indemnización correspondiente por la ocupación temporal de la finca, que la Sala le niega porque la jurisprudencia excluye este derecho en los casos que el titular sigue conservando el uso y disfrute de los bienes expropiados y respecto de las indemnizaciones motivadas por los perjuicios que hubiera ocasionado la expropiación.

En apoyo de su tesis, la representación procesal del recurrente cita nuestra Sentencia de fecha 10 marzo 1992, pronunciada en el Recurso de apelación número 1676/1989, en la que se accede al premio de afección sobre la indemnización por ocupación temporal con el argumento de que "la ocupación temporal de un terreno interrumpe el vínculo subjetivo del propietario con la cosa, con el consiguiente perjuicio afectivo".

Examinada detenidamente, sin embargo, la Jurisprudencia de esta Sala, se observa una falta de unidad de criterio respecto al premio de afección sobre las indemnizaciones concedidas por la ocupación temporal de una finca, sin duda provocadas por la diferente interpretación de que es susceptible el artículo 47 de la Ley de Expropiación Forzosa en relación con el artículo 47 de su Reglamento, al disponer éste que "el cinco por ciento del premio de afección se calculará exclusivamente sobre el importe final del justiprecio de los bienes o derechos expropiables, sin que proceda, por tanto, su abono sobre las indemnizaciones complementarias señaladas

en otros artículos de la Ley a favor de titulares de derechos posiblemente distintos del propietario... Los propietarios carecerán, en cambio, de derecho al premio de afección cuando por la naturaleza de la expropiación conservan el uso y disfrute de los bienes o derechos expropiados”.

Del indicado examen aparecen, además de la citada de fecha 10 marzo 1992, las Sentencias de 3 febrero y 25 octubre 1978 (RJ 1978, 243 y 3308), que, sin fundamentación alguna, acceden al premio de afección en las ocupaciones temporales, y la Sentencia de 7 noviembre del mismo año que, acogiendo el fundamento de la Sala de instancia, lo justifica “por ser la ocupación una forma de expropiación”, mientras que las Sentencias de 5 marzo 1980 (RJ 1980, 864) y 2 mayo 1980 (RJ 1980, 1732) declaran su improcedencia sin fundamento explícito, y la de 7 noviembre 1986 (RJ 1986, 6131) razona que no corresponde premio de afección en las ocupaciones temporales porque “las rentas naturales o jurídicas, dejadas de percibir, no constituyen bienes de los que se desposea al interesado sobre los que pudiera tener afecto en su conservación”, así como, con carácter más general, la de 8 mayo 1987 (RJ 1987, 3317) establece que “procede sobre al precio de aquellos bienes cuyo aprovechamiento y posesión queden fuera del poder del expropiado, pero no de aquellos otros que continúan en su posesión y uso, aunque disminuidos en su utilidad, disminución que es lo que se indemniza”.

Si estas orientaciones jurisprudenciales, ciertamente no uniformes, las coordinamos con la doctrina consolidada de esta Sala del Tribunal Supremo, recogida por las Sentencias de esta misma Sección de 10 mayo 1993 (Recurso de apelación 11405/1990), 26 marzo 1994 (Recurso de apelación 2284/1991) y 9 mayo 1994 (Recurso de apelación 2904/1991), según la cual “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 esta disminución o privación de bienes concretos y determinados”, por lo que “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”, llegamos a la conclusión de que no procede conceder cantidad alguna, en concepto de premio de afección, sobre las indemnizaciones a satisfacer por ocupación temporal de bienes, al no producirse desposesión ni privación definitivas de los mismos, que es lo que se trata de reparar con el indicado premio de afección, reconocido por los artículos 47 de la Ley de Expropiación Forzosa y 47 de su Reglamento, y, por consiguiente, hemos de desestimar igualmente este último motivo de impugnación de la sentencia apelada, que confirmamos también en ese particular.» (Sentencia de 8 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8740.)

## XII. SANCCIONES

### A) *Reserva de ley.*

#### 1. *Colegios Profesionales. Basta con la tipificación en los Estatutos Colegiales. Ejercicio inmemorial de las facultades disciplinarias.*

«Por lo que respecta a la aducida falta de cobertura legal de las infracciones y sanciones tipificadas y previstas en el artículo 66, letra b), número 4.º.a) letra c), números 6.º y 7.º de los Estatutos del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Barcelona y Provincia, aprobados por Resolución del Consejero de Justi-

cia de la Generalidad de Cataluña con fecha 21 junio 1984, publicados en el "Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña" el 12 de septiembre de 1984, hemos de tener presente que el artículo 5.a) de la Ley 13/1982, de 17 diciembre, de Colegios Profesionales, del Parlamento de Cataluña, establece que son funciones propias de los Colegios Profesionales velar por la ética profesional y por el respeto a los derechos de los ciudadanos, y ejercer la jurisdicción disciplinaria en materias profesionales y colegiales, habiendo ordenado, en su primera disposición transitoria, que los Colegios Profesionales actualmente existentes en Cataluña habían de adaptar sus estatutos a la presente Ley, si es necesario, en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, por lo que el Reglamento de Colegios Profesionales de Cataluña, aprobado por Decreto 329/1983, de 1 julio (LCAT 1983, 1347), dispone, en su artículo 45, que cada Colegio establecerá en sus Estatutos los tipos de faltas y las sanciones correspondientes, sin perjuicio de lo que dispongan los Consejos de Colegios en su función coordinadora, ordenando también, en su disposición transitoria primera, que la adaptación de los Estatutos seguirá el trámite previsto en los artículos 3.º y 32 de este Reglamento, cuyos trámites fueron puntualmente seguidos para la aprobación del Estatuto que nos ocupa.

El que la mencionada Ley del Parlamento de Cataluña sobre Colegios Profesionales no tipifique las infracciones ni determine las sanciones a imponer, sino que aquéllas y éstas sean definidas y fijadas por cada uno de los Estatutos, como prevé el citado artículo de su Reglamento, no constituye una vulneración del principio de legalidad, exigido por el artículo 25.1 de la Constitución, en cuanto supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, pues, según doctrina del Tribunal Constitucional declarada en su Sentencia de fecha 21 diciembre 1989 (RTC 1989, 219), seguida por esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 16 diciembre 1993 (RJ 1993, 10053) (recurso de apelación número 8618/1990) y 27 diciembre 1993 (RJ 1993, 10054) (recurso de apelación 9755/1990), la Ley delega en favor de dichos Colegios las potestades públicas para la fijación de las normas deontológicas de la profesión y la determinación de las obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados, lo que, desde tiempo inmemorial y de manera regular, constituye el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios Profesionales, y, en consecuencia, la definición de las infracciones y su consiguiente sanción han de venir establecidas en el Estatuto Colegial correspondiente debidamente aprobado.

En el caso que nos ocupa, las tres infracciones atribuidas al recurrente y por las que se le sanciona en el acuerdo impugnado vienen suficientemente definidas en los diferentes apartados del artículo 66 de los Estatutos aplicados y las respectivas sanciones predeterminadas en el artículo 67 de éstos para cada una de ellas, de manera que debemos desestimar tal motivo del recurso contencioso-administrativo porque la definición estatutaria de la infracción, contenida en los transcritos preceptos, permite predecir con suficiente grado de seguridad la conducta infractora y a qué atenerse en cuanto a la consiguiente responsabilidad.» (*Sentencia de 14 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10468.*)

## 2. Colegios Profesionales. Reglamentos internos.

Vid. IX. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA. B) Colegios Profesionales. (*Sentencia de 1 de julio de 1994, Ar. 5684.*)

B) *Responsabilidad solidaria. No puede establecerse por reglamento si no existe expresa previsión legal.*

«Entre otras alegaciones, la parte recurrente, en apelación plantea la cuestión de la falta de cobertura legal del artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar aprobado por Real Decreto 877/1987, que dio lugar a la imposición de la sanción con carácter solidario a don Rafael G. G. y a la entidad "Operibérica, S. A.", entendiéndose que dicha falta de cobertura conculca el principio de legalidad establecido por el artículo 25.1 de la Constitución. El principio de legalidad constituye, por medio de las garantías que confiere a las personas a quienes se impute la comisión de un delito o de una infracción administrativa, un derecho fundamental de los ciudadanos, por lo que su posible infracción por una disposición de carácter reglamentario puede y debe ser examinada de oficio por los Tribunales, a quienes el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial veda la aplicación de los Reglamentos que sean contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa. En su virtud, procede examinar la aludida alegación de la parte recurrente, aun cuando la misma no se formulase en la primera instancia de este proceso ni, por tanto, fuese objeto de consideración por la sentencia impugnada.

El principio de legalidad, aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, que aparece establecido en el artículo 25.1 de la Constitución, significa que la tipificación de las infracciones y la definición y, en su caso, graduación y escala de las sanciones imponibles, y la lógica correlación entre conductas ilícitas tipificadas y sanciones correspondientes, deben estar contenidas en una norma con rango de ley, de modo que permita conocer con suficiente grado de certeza el tipo y clase de sanción del que pueda hacerse merecedor quien cometa una infracción concreta (cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 diciembre [RTC 1989, 219], y 207/1990, de 13 diciembre [RTC 1990, 207]). En este sentido, la regla de imputabilidad solidaria, contenida en el artículo 46.1 del Reglamento de 3 julio 1987, carece de la cobertura legal que a los preceptos sancionadores de dicha disposición reglamentaria otorgó *a posteriori* la Ley 34/1987, de 26 diciembre, que no recoge norma alguna que haga referencia a tal imposición solidaria de las sanciones, como tampoco se recogía en el Real Decreto-ley 2/1987, de 3 julio, al que sustituyó la expresada Ley 34/1987. Cuando una sanción se impone con carácter solidario a dos personas ello supone que la Administración, para su cobro, puede dirigirse indistintamente contra una u otra, percibiéndola íntegramente de una de ellas. Así se introduce en la sanción un elemento de incertidumbre, pues los sancionados no pueden saber concretamente qué sanción se les impone y, en definitiva, tratándose de una multa, cuál es la cantidad de que deben responder, siendo posible que uno solo de ellos haga frente al pago total, con carácter liberatorio, o soporte la exacción por vía de apremio sobre su patrimonio, y el otro no satisfaga nada (sin perjuicio de posteriores acciones civiles entre los sancionados que podrían resultar inoperantes por causa de insolvencia). En virtud de ello, una norma de carácter reglamentario no puede establecer, sin la necesaria cobertura legal, una responsabilidad solidaria por determinada infracción y sanción administrativa, pues con ello infringe el principio de legalidad, entendiéndose en los términos que hemos dejado expuestos, que implican la exigencia de *lex certa* respecto a las sanciones aplicables para una concreta infracción administrativa. Ello da lugar a que el artículo 46.1 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de 3 julio 1987, al establecer que las infracciones por incumplimiento de los requisitos que debe reunir una máquina de esta clase serán imputables solidariamente al titular del establecimiento en que está instalada y a la empresa operadora titular de la máquina, sin existir norma con rango de ley que autorice la exigencia de tal responsabilidad solidaria, infrinja el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas que recoge el artículo 25.1 de la Constitución y sea por tanto nulo, conforme a los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 julio 1957, y artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 (aplicables por razón de

la fecha de los hechos enjuiciados); nulidad que se proyecta sobre los acuerdos sancionadores objeto del presente proceso que, con fundamento en el citado artículo 46.1 del Reglamento de 1987, han impuesto una sanción de multa de 100.000 pesetas a la entidad "Operibérica, S. A." y a don Rafael G. G. con carácter de "responsabilidad solidaria". Lo manifestado anteriormente es suficiente para estimar el presente recurso de apelación y anular los actos recurridos, lo que hace innecesario examinar si la referida imputabilidad solidaria lesiona también el principio de personalidad de las sanciones, que exige que cada sujeto a quien se atribuye una infracción responda individualmente por los actos que le son imputados, con lo que limita extraordinariamente la posibilidad de establecer responsabilidades solidarias en materia penal o sancionadora, extremo sobre el cual no debemos formular en el presente supuesto pronunciamiento expreso.» (*Sentencia de 4 de julio de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5580.*)

C) *Principio de proporcionalidad. Alcance de los poderes del tribunal: anulación de la sanción y fijación de otra nueva.*

Vid. III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. A) *Control de proporcionalidad. Sustitución por el juez.* (*Sentencia de 14 de diciembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9791.*)

### XIII. SERVICIO PÚBLICO

*Servicio público impropio de abastecimiento de agua. Aprobación de las tarifas por silencio de la Comisión de Precios autonómica, sin intervención municipal.*

«Los tres motivos de casación articulados por el Letrado de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo 95.1.4.º de la LJCA, se refieren a lo siguiente: a que, a juicio de la parte recurrente, la sentencia de la instancia incurre en infracción del artículo 107.1 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. El primer motivo denuncia la indebida aplicación de dicho precepto al caso debatido; por el segundo motivo, se denuncia que no es posible entender aptobadas las tarifas propuestas por la demandante por silencio positivo, y por el tercer motivo, en esencia, viene a reiterar el primero de los motivos al expresar que, a su juicio, no es ajustada a Derecho la invocación del artículo 107 del RD Leg. 781/1986, que regula —dice— exclusivamente el supuesto de que la Administración autorizante sea una Comunidad Autónoma.

El primero de los motivos articulados por la parte recurrente, expresa como argumento que la sentencia de instancia aplicó indebidamente el artículo 107.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986. Teniendo en cuenta los argumentos del recurrente y de la parte recurrida, debemos hacer las siguientes precisiones:

1.º El suministro de agua potable a los ciudadanos es un servicio público esencial de titularidad municipal. Por ello el artículo 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, declara la reserva en favor de las Entidades Locales del servicio esencial de abastecimiento y depuración de las aguas y que la efectiva ejecución de esas actividades en régimen de monopolio requiere,

además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma. Por su parte, el artículo 26.1.a) de dicha Ley 7/1985 manda que los Municipios, por sí o asociados, presten, entre otros servicios, el de abastecimiento domiciliario de agua potable.

2.ª La sentencia recurrida aporta un dato fáctico, que es necesario respetar al momento de resolver el presente recurso de casación. Precisa la sentencia de instancia que en el caso concreto que nos ocupa, estamos ante un servicio de suministro de agua que es un servicio público impropio de carácter local, sujeto al régimen jurídico administrativo y con vocación de convertirse en un servicio público en sentido propio, de titularidad municipal, de conformidad con el artículo 86 de la citada Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. La sentencia recurrida, pues, está reflejando el hecho de que el Ayuntamiento de Boadilla del Monte no había efectuado al iniciarse el expediente administrativo mediante la solicitud de revisión de precios por parte de la empresa "Odeva, S. A.", la correspondiente tramitación para asumir de manera efectiva, en régimen de monopolio, la actividad de suministro de agua a la población. Este dato fáctico es necesario completarlo con el siguiente, que se desprende de la propia sentencia: que en la urbanización "El Olivar de Mirabal" el suministro de agua es prestado por la entidad "Odeva, S. A."

3.ª Atendiendo a la naturaleza de la actividad desarrollada, suele distinguirse entre actividad de servicio público y actividad privada. La actividad de servicios público, subjetivamente, es competencia de ente público —Estado, Comunidad Autónoma, Municipio...—, y está sometida a un régimen jurídico determinado, exigido porque todo servicio público comporta la satisfacción de un interés de la colectividad, interés que, la mayoría de las veces, da contenido a un servicio público esencial, como es el caso del suministro de agua a los ciudadanos. Y siendo así que la afirmación de la sentencia recurrida de que, en el presente caso, estamos transitoriamente ante un servicio público impropio —cuestión fáctica que no aparece discutida—, ello significa que el elemento subjetivo que presta el servicio, cede como elemento relevante ante el elemento de la actividad desarrollada para satisfacer un interés público, bajo un régimen jurídico propio del Derecho Administrativo, en el particular aspecto al que se refiere el presente recurso de casación, es decir, en el particular relativo a la aprobación de las tarifas. Y como quiera que la actividad del suministro de agua a la Urbanización "El Olivar de Mirabal", del término municipal de Boadilla del Monte, se encontraba en el sector privado, es por lo que dado el interés público al que servía la actividad (de ahí la calificación de servicio público impropio que le da la sentencia recurrida), la parte recurrente "Odeva, S. A.", con el oportuno estudio económico solicitó de la Administración competente la determinación de las tarifas conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, Texto Refundido de las disposiciones legales en materia de régimen local, precepto plenamente aplicable.

4.ª Por las consideraciones anteriores, queda desestimado el primer motivo del presente recurso de casación.

El segundo motivo del recurso es el siguiente: que, a juicio de la parte recurrente, no es posible entender aprobadas las tarifas por silencio positivo, porque el silencio positivo sólo puede aplicarse a los supuestos en que la ley lo disponga expresamente, sin que quepa —añade la parte recurrente— su utilización en virtud de interpretaciones exclusivas o analógicas. Veamos:

El artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 establecía la regla de que la falta de respuesta por parte de la Administración ante una petición del administrado, tenía un sentido negativo, en el sentido de que cumplidos los requisitos que señalaba dicho artículo el interesado podría considerar desestimada su petición. Frente a esa regla general, el artículo 95 de dicha Ley estableció que el silencio se entendiera positivo, sin denuncia de mora cuando así se estableciera por disposición expresa o cuando se tratara de autorizaciones o aprobaciones que debieran acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los



órganos superiores sobre los inferiores. La parte recurrente plantea la cuestión de que no es posible dar al artículo 94 de la citada Ley una interpretación extensiva o analógica. Ello es cierto, pero en el caso concreto que resolvemos, dado que desestimamos este segundo motivo, debemos hacer las siguientes precisiones:

1.ª Toda norma jurídica expresa en abstracto un hecho y una consecuencia jurídica, aspectos inseparables. Pero el legislador no siempre puede expresar las condiciones necesarias para que se produzca una consecuencia, puesto que es imposible preverlo todo; por ello se dice que la norma jurídica es abierta, de suerte que sólo es dable el rechazo de la interpretación extensiva o de la analogía si la norma contiene la condición necesaria y suficiente para que se produzca la consecuencia. Así alcanza sentido pleno el porqué del procedimiento de interpretación analógica hasta el límite que nos imponga la *ratio* de la norma que se interprete, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 4.1 del Código Civil.

2.ª Pero en el caso que nos ocupa, a la regla general del artículo 94 de la LPA, sigue la *excepción* del artículo 95 de la misma Ley. La excepción no puede ser objeto de interpretación extensiva ni analógica: por lo tanto, el silencio de la Administración sólo había de entenderse positivo en el caso de que una disposición expresa — concretándonos al contenido de este recurso de casación— lo estableciera, como los supuestos contemplados, v. gr., en el artículo 9.7.ºc) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, o en el artículo 41 de la Ley del Suelo.

3.ª Según la sentencia recurrida, "Odeva, S. A." solicitó de la Administración autorización para modificar o revisar sus tarifas por el suministro del servicio público impropio a la Urbanización a que se refieren las actuaciones, el día 16 de noviembre de 1987. Esa petición tenía su amparo, entre otros preceptos, en el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, citado, que dice así: "..., transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas". Y como la Administración competente no resolvió sobre aquella solicitud, la sentencia recurrida dio por aprobadas las tarifas propuestas por "Odeva, S. A.", por silencio positivo, en 23 de agosto de 1988, precisamente por un dato objetivo tampoco cuestionado: porque "Odeva, S. A.", en fecha 23 de mayo de 1988, cumplimentó el requerimiento de la Administración para completar el expediente, sin que desde esa fecha respondiera la Administración.

También debe ser rechazado el tercer motivo de casación articulado por el Letrado de la Comunidad de Madrid. Al escueto alegato expresado en el tercer motivo, responde de manera clara el propio artículo 107.e) (*sic*) del RD Leg. 781/1986, que tanto se refiere a la Administración Autonómica como a otra Administración competente.» (*Sentencia de 22 de septiembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 7137.*)

#### XIV. FARMACIAS

*En vía de ejecución de sentencias se puede sustituir el local designado para el traslado por otro similar, ante la imposibilidad de disponer del primero.*

«La sentencia recurrida autoriza, accede a la petición de sustitución del local primitivamente asignado y reconocido en sentencia firme, en razón en síntesis, a que concurre una imposibilidad que no es atribuible a la interesada y a que la ubicación del local nuevo propuesto es idéntica respecto al primitivo, están en la misma calle, uno frente a otro, como se expresa en sus fundamentos tercero y cuarto,

en los que además aparece lo siguiente: "TERCERO.—Ha quedado plenamente acreditado por la documentación aportada con la demanda incidental: 1.º) Que existieron entre la señora A. y la propietaria del local concretado en la sentencia ejecutoria tratos para la cesión arrendaticia del mismo, que se materializaron en la autorización para el acceso al fin de levantar el acta notarial de 9 de abril de 1986, por lo que la negativa a otorgar o formalizar el arrendamiento ha dado lugar a la interposición de la correspondiente demanda civil; y 2.º) Que la señora A. es poseedora a título de arrendataria de un nuevo local sito en la Avenida Santa Bárbara número 18-20, esquina a Agustina de Aragón, el cual da frente al señalado en la sentencia, sito en calle Elisabets número 22, con fachadas a las calles Agustina de Aragón y Bruc y colindante con la Avenida Santa Bárbara, cuya evidente proximidad entre ambos se pone de manifiesto tanto por el acta notarial referida como por el plano de situación levantado por el Arquitecto señor B. acompañado a la demanda incidental, tratándose de locales ubicados frente a frente y separados exclusivamente por la calle Agustina de Aragón. Del primero de los hechos reseñados se concluye que no existe ningún abuso del derecho, o ejercicio antisocial del mismo, por la señora A., tratándose de una imposibilidad que no le es atribuible y que, además, encierra una razonable controversia de carácter civil sobre la eficacia de los tratos preliminares, pre-contratos o promesas de contratos. De la segunda de las circunstancias igualmente reseñadas se desprende que, materialmente, la sustitución que se pretende supone la ejecución en sus propios términos de la sentencia, interpretada ésta racionalmente y más allá de un literalismo formalista, alejado de la finalidad de la normativa aplicada en las sentencias ejecutorias. CUARTO.—Es cierto, como se afirma en la resolución administrativa de que se trata, que la sentencia ha de cumplirse en sus términos exactos, no siendo posible modificar libremente lo que en ella se dispone, no habiendo lugar en consecuencia para ubicar la Farmacia en un local diferente del propuesto desde el inicio del expediente. Pero la pretensión incidental de sustitución no supone, en primer lugar, una 'libre' modificación, sino una mínima alteración en el emplazamiento impuesta u obligada por actuaciones ajenas a la interesada, al no formalizarse el arrendamiento que se dice prometido. En segundo lugar, el respeto a los términos 'exactos' de la sentencia no puede suponer un simple apego a la literalidad, sino una exacta acomodación al alcance y sentido del fallo, que se produce con la sustitución, pues el pleito no versó sobre las características intrínsecas de un determinado local, sino sobre su ubicación, que viene a ser idéntica respecto del local que se propone para la sustitución. Por fin, no se trata propiamente de un local 'diferente' a los efectos de la cuestión litigiosa —esencialmente, prioridad entre los interesados para el traslado de una Farmacia en una zona determinada, pues el propuesto en la sustitución se encuentra al otro lado de la misma calle—. Por todo ello, ha de estimarse aplicable lo previsto en el artículo 6.º.2 de la Orden de 21 noviembre 1979, que disciplina la materia que nos ocupa y permite la modificación del local propuesto cuando éste no resulta útil por causa no imputable al interesado, pues la utilidad no puede reducirse a la aptitud intrínseca del mismo, sino que ha de ampliarse a la propia indisponibilidad, igualmente inimputable, cuanto menos en virtud de una integración analógica de la norma, resultando absurdo e iniquo que la modificación fuera posible, por ejemplo, de haberse dispuesto del local y resultar éste dañado por algún accidente natural, y no producirse cuando, por la actitud de la propietaria, no es siquiera posible la disponibilidad por no accederse a la formalización de la cesión arrendaticia."

El primer motivo de casación, lo aduce el recurrente al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción y por estimar que existe infracción del artículo 6.2 de la Orden de 21 noviembre 1979, al extender su presupuesto de hecho a otro que no entra en la finalidad y propósito de la norma y al interpretar erróneamente la inimputabilidad de la interesada, y aunque es cierto que el artículo 6.2 citado dispone que "en el caso de que se hubiera señalado local que por razón de la distancia resulte incompatible con el designado por otro solicitante prioritario, o que no resulte útil por causa no imputable al interesado, se le concederá por una sola vez un

nuevo plazo de treinta días para que designe otro local que, en todo caso, deberá ser compatible para los ya propuestos para otras Oficinas de Farmacias autorizadas”, y que por ello, de la lectura de tal norma se pueda entender, con el recurrente, que no está incluido en el precepto citado, o mejor en la letra de la norma, el supuesto de autos, en el que la interesada propone un local y luego la propietaria no se lo cede o arrienda, sin embargo, es procedente, no aceptar, rechazar, tal motivo de casación, pues como razona la sentencia recurrida, si en la letra no está incluido el supuesto, sí que lo está en su espíritu, en su finalidad, y al respecto, conviene señalar que la designación de los locales para instalación o traslados de farmacias no es una materia que tenga una regulación acabada y definitivamente pacífica, pues de una parte, la norma, la Orden de 21 noviembre 1979, permite la designación del local, al tiempo que la petición, o una vez concedida la autorización, de otra, en el artículo 6, tras regular los supuestos de sustitución, antes citados, en el número tercero refiere “hecha la definitiva designación de locales...”, y, en fin, en ningún caso refiere o exige que el local designado lo sea en propiedad, en arrendamiento o en cualquier otro concepto, aunque hay obviamente que suponer que se pueda tener la disponibilidad sobre el mismo, y siendo todo ello así, como lo trascendente y exigido, es que en todo caso el local tenga unas determinadas características y guarde las distancias respecto a las farmacias instaladas o autorizadas más próximas, hay que declarar y estimar como interpretación y aplicación ajustada al Ordenamiento, y concretamente al artículo 6.2 de la Orden de 21 noviembre 1979, la que la sentencia recurrida hace, al permitir la sustitución de un local para instalar la farmacia, por otro en situación similar, al otro lado de la calle, y sobre el que nadie ha cuestionado que guarde las distancias como el primitivamente designado, sin afectar ni perjudicar a nadie, cuando esa situación lo es y aparece así valorada en la sentencia, por causa no imputable a la interesada, y esa valoración fáctica corresponde al Tribunal *a quo*, como el recurrente incluso, adecuadamente, reconoce en su propio escrito, y esta Sala reiteradamente lo ha declarado en Sentencia de 30 noviembre 1993 y 12 enero 1994 (RJ 1994, 297). Pues dada la amplitud y variedad que la norma permite, hay que entender que esos supuestos que expresamente el artículo 6.2 citado refiere pueden ser objeto de ampliación o integración, con los principios que el Código Civil señala, para cumplir la finalidad y espíritu de la norma, o bien que esos supuestos previstos no son únicos y exclusivos, sino meramente ejemplificativos, pues si por designar un local, por ejemplo, con menos metros de los autorizados, o que no dé a calle o vía pública, se concede al interesado una nueva oportunidad, resultaría ciertamente paradójico que quien tuvo o pudo tener el local o la promesa de ocuparlo, en el curso del expediente, que puede llevar años, y no lo puede tener en el momento de ocuparlo, por negativa del propietario, pierda el derecho reconocido al traslado o instalación de la farmacia, cuando lo que se concede y regula en la norma no es el derecho a la instalación en un local determinado, sino el derecho al traslado o instalación en una zona, o lugar, siempre que el local reúna unas determinadas características y guarde unas distancias mínimas.» (*Sentencia de 21 de septiembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 7112.*)

## XV. URBANISMO

*Disciplina. Obras realizadas sin licencia. Es admisible la orden de demolición sin el previo expediente de legalización cuando aparece clara la ilegalidad e improcedente la obra cuya demolición se ordena.*

«Es verdad, y asiste en ello razón al demandante, que la regla general que preside el artículo 185 de la citada Ley del Suelo es que la restauración de la legalidad

urbanística conculcada por obras terminadas sin licencia o contraviniéndola, precisa del previo expediente de legalización de las mismas, instrumentado mediante el requerimiento de la Alcaldía a tal efecto en que se otorgue el plazo de dos meses para dicha legalización, y es también cierto que en el caso cuestionado el Alcalde de Oviedo decretó la demolición del vallado metálico sin efectuar dicho previo requerimiento. Pero no es menos cierto que la misma jurisprudencia que cita el recurrente, Sentencias de 26 febrero y 28 marzo 1988 (RJ 1988, 1493 y 2440), así como la que recoge la Sentencia impugnada, de 30 enero 1985 (RJ 1985, 932), excepcionan dicho previo expediente de legalización cuando aparece clara la ilegalidad e improcedente la obra cuya demolición se ordena, pues carecería de sentido abrir un trámite de legalización de aquello que de modo manifiesto y a través de lo ya actuado no puede legalizarse, por contravenir el Plan o el Ordenamiento urbanístico. Esto último lo apreció la Sala de Oviedo en el caso al que puso fin la sentencia recurrida, por entender que el vallado metálico no se acomodaba a las características del Conjunto Histórico de la capital ovetense, según el informe emitido por la Comisión del Patrimonio Histórico de Asturias el 29 de marzo de 1988, y la discrepancia sobre este extremo no es propia de esta revisión, sino que sería materia de un eventual recurso de apelación, aquí no procedente dada la cuantía del recurso, por lo que no se aprecia contradicción entre la sentencia impugnada y la jurisprudencia que se invoca como contradicha.» (*Sentencia de 29 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 10404.*)

## XVI. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Ámbito. Normas reguladoras de las elecciones a la Junta de Personal de las Cortes Generales: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

«A partir de la catalogación normativa del Estatuto del Personal resuelta definitivamente por el supremo intérprete constitucional, el problema que ahora se plantea, a los efectos que aquí interesan, consiste en dilucidar la naturaleza de la resolución de los Presidentes del Congreso y del Senado que, en uso de las facultades delegadas de las Mesas de ambas Cámaras, estableció las normas reguladoras de las elecciones a la Junta de Personal de las Cortes Generales. Del criterio que prevalezca depende, en definitiva, la solución que se adopte en cuanto al motivo de inadmisibilidad y la falta de jurisdicción invocados, según que se acepte la tesis de asimilación al Estatuto del Personal, defendida por la parte demandada o de normas reglamentarias de inferior rango mantenida por la Federación Sindical demandante. A ello conduce, la congruencia con lo resuelto en el ATC 219/1989, de 27 abril, de inadmisión del recurso de amparo que constituye antecedente inmediato directo de este proceso, en donde se declara que "es evidente, por tanto, que la entidad solicitante de amparo debería haber buscado la reparación de la presunta violación constitucional ante la jurisdicción contencioso-administrativa antes de promover un recurso de amparo. Sólo entonces hubiera quedado expedita la vía ante este Tribunal, bien tras la resolución que sobre el fondo hubiera adoptado el Tribunal Supremo, bien, en su caso, frente a la inadmisión del recurso contencioso-administrativo si dicho Alto Tribunal hubiera encontrado conforme a derecho la denegación, por parte de las Mesas de las Cámaras, del recurso de reposición interpuesto por la actora, y su afirmación sobre el valor de ley de las normas en cuestión" (F. 2).

El problema apuntado no es reconducible a la solución expeditiva que por vía analógica propone el Letrado de las Cortes Generales, en el sentido de aplicar a la resolución presidencial conjunta, cuestionada en este proceso, la doctrina del Tribu-

nal Constitucional a propósito de las resoluciones de los Presidentes de las Cámaras y Asambleas legislativas en relación con sus reglamentos internos de funcionamiento. Según esta última doctrina, las citadas resoluciones son disposiciones de carácter general, susceptibles de una pluralidad de actos concretos de aplicación singular, que se integran en el ordenamiento reglamentario de la Asamblea, en cuanto que suplen las lagunas de éste y producen los mismos efectos que el propio Reglamento (ATC 244/1986, de 12 marzo); incorporándose a él, de tal modo que sólo como parte del mismo puede ser lesiva pues es evidente que en otro caso no tendría fuerza vinculante y no podría producirse por tanto lesión alguna (ATC 183/1994, F. 2).

Ahora bien, la común cobertura al amparo del artículo 72.1 CE y el carácter de normas primarias, con valor de ley, emanadas directamente de la Constitución, no obsta a que sean reconocibles sustanciales diferencias entre los reglamentos propios de las Cámaras legislativas, en cuanto regulan las relaciones entre el órgano representativo de la soberanía y los miembros que la integran para el mejor cumplimiento de sus funciones; y los reglamentos que definen el estatuto jurídico del personal integrado en su infraestructura administrativa y vinculado a dichos órganos por una relación de empleo. Esta diferencia, que es constatable bajo los dictados de la lógica jurídica, se proyecta operativamente en el plano jurisdiccional en torno a las resoluciones de los Presidentes de los órganos legislativos, según que se refieran, respectivamente, a una u otra materia reglamentaria, aspecto diferencial que se agudiza al considerar las circunstancias del caso concreto aquí debatido.

El ATC 183/1984, antes citado, que reconoce el rango jurídico de ley a la resolución del Presidente del Senado sobre procedimiento legislativo, como acto interno de la Cámara, hace observar que "no es, por tanto, una norma que deba regular las relaciones de la Cámara con terceros vinculados con ella por relaciones contractuales o funcionariales..."; añadiendo que las decisiones de sus Presidentes "... como sujetas que están a la Constitución y a las leyes no están exentas del control jurisdiccional; sólo quedan sujetas a este control cuando afectan a relaciones externas del órgano..." (F. 2). Asimismo, aunque referido a las normas emanadas de la Mesa de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma, este Tribunal ya se ha pronunciado marcando las diferencias entre las normas afectantes al régimen interno parlamentario que se hallan excluidas del control de este orden jurisdiccional y las que por afectar a relaciones externas, como las que se refieren al régimen estatutario del personal, entran de lleno en el marco jurídico definido por los artículos 9.4 LOPJ y 1.1 LJCA (cfr. ATS 5.ª de 26 enero 1988 [RJ 1988, 363] y STS 3.ª.2 de 10 octubre 1989 [RJ 1989, 6857]).

Entrando ya en las particularidades del caso concreto aquí debatido consideramos que deben tenerse en cuenta las siguientes premisas: I) El reconocimiento del rango jurídico que al Estatuto del Personal le confiere la STS 139/1988, ya mencionada, como norma primaria inmediatamente vinculada al artículo 72.1 CE, no obsta a la constatación —aparte las diferencias de naturaleza analizadas— de que los reglamentos de las Cortes Generales han sido aprobados aplicando el criterio formal estricto del refrendo por voto mayoritario absoluto del respectivo Órgano legislativo; en tanto que el Estatuto del Personal lo ha sido exclusivamente por el voto conjunto de las Mesas del Congreso y del Senado, que no son órganos directamente investidos de facultades legislativas; II) Las facultades normativas de los Presidentes de los Cuerpos colegisladores consisten en *interpretar* el Reglamento en casos de duda y *suplirlo* en los de omisión, y, en el supuesto de tener que dictar una resolución de carácter general, deberá mediar el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces (cfr. art. 32 Reglamento del Congreso) o el acuerdo de la Mesa de la Comisión de Reglamento (cfr. art. 37 del Reglamento del Senado). En contraste, las facultades normativas ejercidas por los Presidentes de las Cámaras al dictar la resolución combatida —sobre no tener un reconocimiento expreso equivalente al de los reglamentos parlamentarios en el Estatuto del Personal—, no han consentido en *interpretar* la norma primaria o *suplir* sus lagunas, sino que han desarrollado pormenorizadamente sus preceptos en el punto concreto de las normas reguladoras de

las elecciones a miembros de la Junta de Personal; y III) Es cierto que la resolución de los Presidentes por la que se desarrolla el Estatuto del Personal se ampara en el uso "de las facultades delegadas por Acuerdo de las Mesas de ambas Cámaras en sesión conjunta de 25 abril del presente año..." (1988). Sin embargo, lo que dice la Disposición Adicional Segunda del Acuerdo de las Mesas por el que se modificaron los artículos 23 y 24 del Estatuto del Personal de 23 junio 1983 (al que se incardina la repetida resolución) es que "las Mesas del Congreso y del Senado dictarán, en desarrollo de los artículos anteriores, las normas relativas a la organización y procedimiento electoral". Esta delegación de segundo grado (la de primer grado residiría en la sustitución del Pleno por las Mesas de las Cámaras en la aprobación del Estatuto), abstracción hecha de su viabilidad legal, que no es necesario plantearse en este momento, pone de manifiesto que, ni por el órgano del que procede la norma ni por su contenido material típicamente ejecutivo, cabe reconocerla el valor equivalente a las de rango de ley que pretende la parte demandada.

Sobre la base de las citadas premisas este Tribunal adquiere la convicción de que la norma cuestionada —que no procede de un órgano con capacidad legislativa en la materia, sino de un órgano de gobierno interior y atañe exclusivamente a las relaciones externas de los cuerpos colegisladores con el personal estatutario integrado en su infraestructura administrativa— participa de la naturaleza de las disposiciones que por ser de rango inferior a la Ley están sujetas al control de la jurisdicción revisora contencioso-administrativa, de acuerdo con el artículo 9.4 LOPJ y artículo 1.1 LJCA. *A contrario sensu*, se llega a la misma conclusión en busca de una interpretación razonable del artículo 58.1.º LOPJ en el punto en que reconoce al Tribunal Supremo competencia jurisdiccional en los recursos contra actos y *disposiciones* de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados y del Senado en materia de personal. Una interpretación tan laxa del principio de reserva de ley y de su aplicación a los reglamentos de las Cámaras, sin distinción de las clases de órganos ni de materia regulada, conduciría inevitablemente a vaciar de contenido el referido precepto del artículo 58.1.º LOPJ que forma parte integrante de un cuerpo legal con rango de ley orgánica.» (*Sentencia de 26 de septiembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7339.*)

## B) *Inadmisibilidad. Orden de examen de las cuestiones.*

### 1. *Prevalece la declaración de extemporaneidad. Los vicios de nulidad absoluta podrán ser alegados en posterior acción de nulidad.*

«A efectos de resolver el presente recurso de casación procede, desde luego, el estudio de los motivos en que se fundamenta de forma separada, en principio por el mismo orden en que fueron alegados por el recurrente al formalizar el recurso.

No obstante, en el caso de autos deben examinarse conjuntamente los dos primeros motivos invocados, que se refieren a la supuesta inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal de instancia planteada al amparo del artículo 95.1.3.º de la Ley Jurisdiccional, y a la pretendida vulneración del ordenamiento jurídico por la sentencia que se recurre, en concreto de vulneración del artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958.

Pues toda o la mayor parte de la controversia procesal pende del punto siguiente. La sentencia recurrida declara en su fallo la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento otorgando licencia de ambulancia por estimarlo contrario al ordenamiento jurídico, si bien es en su fundamento de derecho tercero donde la sentencia se expresa rotundamente, apreciando una nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento.

Sin duda por ello, en el mismo fundamento de derecho se rechaza la excepción de inadmisibilidad del recurso alegada por pretenderse que había sido presentado fuera de plazo. Pues según el juzgador la nulidad de pleno derecho es examinable de oficio con preferencia a cualquier otro tema, diciéndose expresamente por la sentencia recurrida que éste es el criterio establecido por la doctrina y la jurisprudencia. Es decir, se está aplicando la doctrina de los vicios de orden público, entendiendo que si se producen hay que examinarlos incluso con preferencia a la admisibilidad del recurso.

Estamos, por tanto, ante una vinculación entre el motivo primero del recurso que se refiere a quebrantamiento de las normas que rigen la sentencia por no haberse apreciado la inadmisibilidad, y el motivo segundo del mismo recurso que se basa en la supuesta vulneración del artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo por entender el recurrente que no se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al otorgarse la licencia de ambulancia.

Procede, en consecuencia, entrar en el estudio del primero de los motivos invocados, que además debe ser examinado prioritariamente dado su carácter procesal, teniendo presente el segundo que consiste en la apreciación supuestamente errónea de una nulidad de pleno derecho, aunque sin entrar inicialmente en el examen de este último. Pues la doctrina mantenida en la sentencia, doctrina a revisar en casación, es que si se produce una nulidad de pleno derecho no procede entrar en el examen de la inadmisibilidad del recurso, alegada por haber sido presentado éste de forma extemporánea.

Ahora bien, en este punto la sentencia del Tribunal *a quo* vulnera la doctrina de este Tribunal Supremo establecida y firme desde hace unos años sobre si la nulidad debe examinarse con carácter previo a la inadmisibilidad del recurso.

Pues ciertamente este Tribunal Supremo viene aplicando la doctrina de los vicios de orden público, existiendo una antigua corriente jurisprudencial de la que es el exponente quizá más acabado la Sentencia de 31 enero 1975 (RJ 1975, 1386), la cual continúa una línea jurisprudencial anterior que se remonta a las de 23 octubre 1959 (RJ 1959, 3621) y 20 junio 1964 (RJ 1964, 3889). De acuerdo con esta corriente jurisprudencial se había venido declarando que a diferencia de ciertas causas de inadmisibilidad radicales, como los defectos de legitimación o el hecho de referirse el proceso a cosa juzgada, las demás causas de inadmisibilidad (entre ellas la extemporaneidad del recurso) no debían ser tenidas en cuenta si se planteaba un vicio de orden público como lo es la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos.

Pero no es menos cierto que una línea jurisprudencial más reciente viene manteniendo una doctrina distinta, pudiendo citarse en este sentido las Sentencias de 23 noviembre y 7 diciembre 1993 (RJ 1993, 8520 y 9533), que continúan y confirman una tendencia jurisprudencial anterior. A tenor de esta doctrina, que debe considerarse la aplicable, la pretendida o apreciada nulidad de pleno derecho no es motivo para que deje de tenerse en cuenta la extemporaneidad del recurso. Pues, siempre según la corriente doctrinal que se está exponiendo, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la que se encontraba establecida en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por el contrario, en el recurso contencioso es obligado atenerse a las normas por las que se rige la sentencia, entre ellas el artículo 82 de la Ley Jurisdiccional, relativo a la inadmisibilidad del recurso interpuesto.

Ello es precisamente lo que sucede en el caso de autos, en el cual el recurso contencioso-administrativo se interpuso extemporáneamente cuando había transcurrido más de un año de la presentación de un escrito que inequívocamente debe considerarse como un recurso de reposición. Sin que sea motivo para que se entienda se ha interrumpido el plazo en que posteriormente se denunciase la mora, pues tal denuncia de la mora no existe en el recurso de reposición. En consecuencia, si el escrito en cuestión se interpreta correctamente como una reposición entablada contra el acto administrativo, el recurso contencioso se interpuso fuera de plazo. Pero incluso si se interpretase erróneamente que no era tal recurso de reposición estaríamos ante

otra causa de inadmisibilidad por la falta del mismo, siendo éste preceptivo. Ambas posibilidades conducen a que deba apreciarse una causa de inadmisibilidad.

Por tanto, procede estimar el recurso de casación por el primero de los motivos invocados al amparo del artículo 95.1.3.º de la Ley al haberse infringido las normas reguladoras de la sentencia.

Estimado el recurso por el primero de los motivos y resuelta favorablemente la invocación de la inadmisibilidad del recurso ante el Tribunal *a quo*, se satisface de este modo la pretensión procesal del recurrente expresada en la súplica de su escrito interponiendo el presente recurso. Por tanto, no procede entrar en el examen de los demás motivos de casación invocados.» (*Sentencia de 30 de septiembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 7122.*)

*2. En sentido distinto a la sentencia anterior, prevalece la declaración de nulidad frente a la declaración de extemporaneidad.*

«Dada la evidente extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo, hemos de considerar si procede estimar la causa de inadmisibilidad esgrimida por el Abogado del Estado al amparo del artículo 82.f) de la Ley de esta Jurisdicción en relación con el artículo 58 de la misma.

A tal efecto adquiere especial significado la invocada nulidad radical de los actos sancionatorios impugnados por carecer las normas reglamentarias, empleadas por la Administración para tipificar y castigar la actuación de la entidad recurrente, de la imprescindible cobertura legal, que exige el artículo 25.1 de la Constitución, y que fue acogida por la sentencia apelada como razón y justificación de la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por aquella entidad.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha rechazado, según los casos, determinadas causas de inadmisibilidad por considerar que en el orden de los pronunciamientos era preferente el relativo a la nulidad de pleno derecho de los actos impugnados y concretamente se ha planteado la trascendencia que tiene la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical (arts. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) cuando concurre la causa de inadmisibilidad por extemporaneidad en la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Es cierto que los criterios jurisprudenciales no presentan una orientación definida porque, al encararse con supuestos concretos, dan respuestas singulares a éstos. Sin embargo, la tesis dominante es la recogida, entre otras, en Sentencias de la antigua Sala Cuarta de 13 mayo 1981 (RJ 1981, 2813), de 26 diciembre 1984 (RJ 1984, 6731) y de esta misma Sala —Sección Quinta— de 22 diciembre 1992 (RJ 1992, 9775) y de su Sección Segunda, de fecha 11 octubre 1994 (RJ 1994, 7571 y 7572) (Recursos 1533/1990 y 1153/1991), según la cual “en el caso de entablarse un recurso jurisdiccional en que se accione con base en la nulidad de pleno derecho, ya tras la utilización de la acción prevista en el artículo 109 con resultado negativo, o ya directamente, el recurrente ha de someterse al plazo de ejercicio establecido en el artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incurriendo en caso contrario en extemporaneidad, con la obligada inadmisibilidad de su recurso”.

Razones de seguridad jurídica, unidas a la exigencia del acto administrativo previo y subsiguiente carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, son el valladar que ha impedido a esta Jurisdicción aplicar el tradicional e indiscutible principio en Derecho privado de la imprescriptibilidad de las acciones declarativas de nulidad radical (desde las Sentencias de 6 marzo 1909 y 11 enero 1928 hasta las más recientes de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 octubre 1992 [RJ



1992, 8279] y de 15 junio 1994 [RJ 1994, 4922]), y así se ha declarado que, o bien el recurso contencioso-administrativo se interpone dentro del término al efecto fijado por la Ley de esta Jurisdicción contra el acto cuya impugnación se pretende en vía jurisdiccional, o es necesario instar de la Administración la declaración de nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto por los citados artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a fin de posibilitar la impugnación de la decisión administrativa expresa o presunta ante la Jurisdicción, que, en todo caso, habrá de hacerse dentro de los plazos al efecto establecidos para la interposición del recurso contencioso-administrativo (Sentencias antes citadas de 22 diciembre 1992 y 11 octubre 1994).

En este proceso se han impugnado los actos de aplicación concreta de unas normas por considerar que éstas son nulas de pleno derecho, lo que acarrearía la nulidad radical de los actos administrativos producidos a su amparo, si bien el recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto fuera del plazo legalmente establecido de dos meses, y, en consecuencia, de una aplicación estricta de la doctrina jurisprudencial expuesta, se derivaría la declaración de inadmisibilidad de dicho recurso sin examinar siquiera si concurre la causa invocada de nulidad radical.

Sin embargo, no podemos ignorar que el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias de 17 enero y 15 febrero 1994 (RTC 1994, 6 y 42) (Recursos de amparo 690/1992 y 998/1992, respectivamente), ha reputado los preceptos del Real Decreto 880/1981 y de la Orden de 28 octubre 1981, empleados por la Administración para sancionar a la entidad, que interpuso en su día el recurso contencioso-administrativo fuera de plazo, sin la necesaria cobertura legal y, por tanto, nulos de pleno derecho al vulnerar lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Constitución, cuya doctrina ha sido recogida por la Sentencia de esta misma Sala de 14 octubre 1994 (RJ 1994, 7936) —Recurso Extraordinario de Revisión número 6935/1992—, en la que se reitera lo expuesto en las anteriores de 15 diciembre 1988 (RJ 1988, 9396) y 16 febrero 1990 (RJ 1990, 867), de manera que, incursos los actos sancionatorios, objeto del presente proceso, en causa de nulidad de pleno derecho por ser nulos los preceptos utilizados por la Administración para castigar a la entidad apelada al carecer de la imprescindible habilitación legal, no es atendible tampoco el segundo motivo de impugnación de la sentencia recurrida centrado en la supuesta cobertura legal que aquéllos tendrían en el artículo 19 de la Ley de Orden Público.

Acreditada, por las razones indicadas, la nulidad radical de los actos administrativos, a que se contrae el presente recurso contencioso-administrativo, por haberse declarado nulas de pleno derecho las normas que los amparaban, ni el principio de seguridad jurídica ni el discutible carácter revisor de esta Jurisdicción pueden constituir razón suficiente para atender la causa de inadmisibilidad, alegada por el Abogado del Estado, fundada en lo dispuesto por el artículo 82.f) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el artículo 58 de esta misma Ley, por extemporaneidad en la interposición del recurso, ya que ha de prevalecer, en este caso, el principio general de ineficacia insubsanable de los actos nulos de pleno derecho, recogido en las conocidas máximas *quod nullum est nullum producit effectum* y *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere*, y, por consiguiente, se ha de rechazar aquella causa de inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado y debemos reconocer que los actos impugnados son radicalmente nulos por haber sido declaradas nulas de pleno derecho las normas que les daban cobertura, y así resulta inoperante la extemporaneidad en la interposición del recurso contencioso-administrativo cuando las normas que amparan los actos administrativos impugnados han sido declaradas nulas de pleno derecho, lo que obliga a desestimar el recurso de apelación del Abogado del Estado y a confirmar la sentencia recurrida en cuanto estima el recurso contencioso-administrativo deducido por la entidad demandante y ahora apelada por ser los actos impugnados nulos de pleno derecho al ser nulas las normas reglamentarias empleadas por la Administración para sancionarla por carecer de la necesaria cobertura legal.» (Sentencia de 24 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10116.)

C) *Partes. Falta de emplazamiento para contestar la demanda a Ayuntamiento que luego se persona como codemandado. Nulidad de actuaciones, aun cuando ya se ha dictado sentencia.*

«Interesa destacar como antecedentes de este recurso promovido por el Ayuntamiento de Cambrils frente a la Sentencia estimatoria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 25 octubre 1990, los siguientes:

La Sociedad Mercantil "Hispano Alemana de Construcciones, S. A.", hoy Compañía Mercantil "HASA, S. A.", adjudicataria de las obras de construcción del Pabellón Polideportivo (Sala Polivalente), realizadas por encargo del Ayuntamiento de Cambrils (Tarragona), vio disminuido el importe de sus certificaciones al retener la citada Corporación el Impuesto sobre el Tráfico de Empresas.

Por entender la sociedad constructora que se trataba de obras de equipamiento comunitario primario, exentas de este tributo, promovió reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid, que fue desestimada.

Contra esta resolución la misma empresa interpuso recurso contencioso-administrativo postulando en el suplico de la demanda la nulidad de la liquidación confirmada por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial y de la resolución confirmatoria de éste, declarando el derecho de "HASA, S. A." a ser reintegrada por el Ayuntamiento de Cambrils en la cantidad de 621.521 pesetas, correspondiente a la retención efectuada en concepto del Impuesto General de Tráfico de Empresas, más los intereses devengados.

Formulada la demanda se dictó Providencia en los Autos (folio 26) de 28 marzo 1990, dando traslado únicamente al Abogado del Estado demandado para que contestase en el término de veinte días.

En el siguiente día se notificó la anterior providencia al Abogado del Estado y a los Procuradores de la empresa recurrente, señor R. R., y del codemandado Ayuntamiento de Cambrils, señor S. A.

El Abogado del Estado, único emplazado para contestar la demanda, fuera del plazo concedido (30 de julio de 1990), presentó escrito de allanamiento recayendo providencia de 19 de septiembre de 1990 (folio 30), teniéndole por allanado y emplazándose a la parte codemandada para que en el plazo de veinte días alegase lo que conviniera a su derecho.

Esta providencia fue notificada a las partes y mediante escrito presentado el 6 de octubre de 1990 el Procurador don Eduardo Jesús S. A., en representación de la entidad actora "HASA, S. A.", ateniéndose a los términos de la providencia notificada, se limitó a solicitar que se siguiese el recurso por todos sus trámites y se dictase sentencia por la que estimándola, se declarase la nulidad de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial recaída en el expediente 4764/1984, por no estar ajustada a derecho.

Grapada a la sentencia de la Sala de instancia aparece una providencia de 15 de octubre de 1990, en la que, entre otras cosas, se tiene por formulado escrito de "alegaciones" por la parte codemandada (Ayuntamiento de Cambrils) señalando para el acto de votación y fallo la audiencia del día 24 de octubre próximo (1990), ordenando pasar los autos al Ponente.

Por diligencia de ordenación de 22 de octubre aparece notificada a las partes la providencia anterior.

En estas condiciones se dicta Sentencia de fecha 25 octubre 1990 y partiendo de que el Abogado del Estado se allanó a la pretensión de la empresa actora y de que el Ayuntamiento de Cambrils no contestó a la demanda se estimó el recurso, anulando los actos combatidos con devolución de la cantidad retenida más el interés legal.

No obstante lo hasta aquí expuesto, aparece a continuación de la sentencia un escrito del Ayuntamiento de Cambrils, después de que fuera admitida su apelación de 18 de octubre de 1990, con sello de presentación del siguiente día, en el que se

formula la contestación a la demanda y que fue recibido por la Sección Cuarta de la misma Sala dando lugar a que se remitiese a la Sección Quinta cuando ya se había dictado sentencia.

Prescindiendo de incidencias posteriores acaecidas entre la fecha de la sentencia y la del escrito del Ayuntamiento de Cambrils de 21 de enero de 1991 presentado al siguiente día interponiendo este recurso de apelación, las alegaciones de la Corporación determinan un suplico en el que se interesa la nulidad de actuaciones o subsidiariamente la revocación de la sentencia impugnada, confirmando la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de 29 marzo 1985, desestimatoria de la reclamación 4764/1984.

La exposición anterior revela:

1.º Que no se emplaza al Ayuntamiento de Cambrils para que contestase a la demanda a pesar de hallarse personado como codemandado, sino solamente al Abogado del Estado que optó por allanarse.

2.º Que la contestación a la demanda a falta de la providencia de emplazamiento, no se sabe si se presentó o no dentro de plazo, pero en cualquier caso la sentencia fue dictada sin haber oído al Ayuntamiento de Cambrils y sin haber proveído respecto de la petición de recibimiento a prueba.

3.º También se omitió el trámite de vista o conclusiones y la resolución así adoptada adolece de vicios sustanciales determinantes de una clara indefensión de la parte por causas no imputables a la misma.

El artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece "La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales".

Con arreglo a este precepto, sobre el que la Sentencia 185/1990 (RTC 1990, 185) del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de su constitucionalidad, respecto de su párrafo segundo —cuando el Tribunal proceda de oficio antes de que hubiera recaído sentencia definitiva—, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 mayo 1991 y 3 noviembre 1992 (RJ 1992, 9075), que se remite a otras anteriores, encuentran pertinente la nulidad de actuaciones incluso después de haberse dictado sentencia definitiva, máxime cuando ésta resulta accesible a través del recurso de apelación.» (*Sentencia de 20 de julio de 1994, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5975.*)

## D) *Recursos.*

### 1. *Recurso de apelación.*

a) *Limitación en el caso de aplicarse exclusivamente derecho autonómico. Constitucionalidad del artículo 58.1 de la Ley de Planta, al no existir un derecho constitucional a la doble instancia.*

«Aunque la representación procesal de la Administración apelante no ha reiterado en su escrito de alegaciones la pretensión de que se promueva cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 58.1 de la citada Ley 38/1988, de 28 diciembre, sobre Demarcación y Planta Judicial, al serle admitido a trámite el recurso interpuesto a pesar de que el Letrado de la Administración apelada planteó la inadmisibilidad de dicho recurso con base en lo dispuesto por aquel precepto, no se

puede olvidar que, al contestar a tal cuestión de inadmisibilidad, pidió que se hiciese uso por esta Sala de la facultad que le conceden los artículos 5.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con el mencionado artículo de la Ley sobre Demarcación y Planta Judicial, que impide a este Tribunal conocer acerca de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico que hubiere realizado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, por entender la representación del Ayuntamiento apelante que tal norma vulnera los artículos 14 y 24 de la Constitución.

Al haber declarado la Sección Quinta de esta Sala, en su Auto de fecha 4 febrero 1992, bien admitida la apelación porque no era preciso motivar la interposición del recurso de apelación ante el Tribunal *a quo* por razón de las fechas de iniciación del proceso y de entrada en vigor del precepto, no accedió a plantear la indicada cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, al resolverse definitivamente el recurso de apelación por esta sentencia con fundamento precisamente en la atribución de competencias que el precepto indicado realiza en favor de los Tribunales Superiores de Justicia y concretamente de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los mismos para conocer del ordenamiento jurídico autonómico, lo que obviamente constituye una limitación en los recursos al establecerse en estos supuestos una única instancia, hemos de dar respuesta, con estricta observancia del principio de congruencia, a la solicitud de que sea promovida la mentada cuestión de inconstitucionalidad.

En primer lugar, hemos de señalar que la atribución de competencias entre los diferentes Juzgados y Tribunales, de cualquier orden y grado, corresponde, según el artículo 117.3 de la Constitución, al legislador —Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1994, de 14 abril (RTC 1994, 114) [Fundamento Jurídico tercero b)]—, el que ha adjudicado en los preceptos, que hemos citado en el precedente Fundamento Jurídico, la competencia para resolver en definitiva acerca de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico a los Tribunales Superiores de Justicia existentes en cada Comunidad Autónoma, de manera que, al hacer uso el legislador de tal facultad, constitucionalmente reconocida, con la promulgación del citado artículo 58.1 de la Ley 38/1988, no ha quebrantado ninguno de los dos preceptos de la Constitución referidos por la representación procesal del Ayuntamiento apelante.

Por otra parte, la limitación que tal precepto supone de acceso al recurso de apelación y, por consiguiente, la existencia de procesos contencioso-administrativos de única instancia, tampoco vulnera ni el derecho a la igualdad ante la ley ni el de tutela judicial efectiva, porque, como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sentencias 110/1985 [RTC 1985, 110], 81/1986 [RTC 1986, 81] y 78/1988 [RTC 1988, 78]), el derecho al recurso no es un derecho absoluto o incondicionado, sino que sólo alcanza a la formulación de los ordinarios o extraordinarios concedidos o establecidos por las leyes.

El proceso contencioso-administrativo no tiene el mismo significado que el proceso penal, en el que, según lo dispuesto por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 2 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el declarado culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo previsto en la Ley. Así, el Tribunal Constitucional ha fijado la doctrina de que la doble instancia atañe sólo al proceso penal (Sentencias 140/1985 [RTC 1985, 140], 7/1986 [RTC 1986, 7], 154/1987 [RTC 1987, 154], 50/1990 [RTC 1990, 50] y 53/1990 [RTC 1990, 53]), como una excepción frente a lo que sucede en los restantes tipos de procesos (Sentencias 19/1983 [RTC 1983, 19], 61/1983 [RTC 1983, 61] y 4/1984 [RTC 1984, 4]) y, concretamente, en el proceso contencioso-administrativo (Sentencia 58/1987, de 19 mayo [RTC 1987, 58]).

No cabe, pues, negar libertad al legislador para ordenar el proceso y el sistema de recursos como considere adecuado, perteneciendo al criterio de la Ley el estable-

cimiento de los recursos y el sometimiento de éstos al cumplimiento de ciertas formalidades, sin que se pueda olvidar que, en principio, las formas procesales no constituyen una cuestión de alcance constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 3/1983 [RTC 1983, 3], 79/1986 [RTC 1986, 79], 29/1990 [RTC 1990, 29], 50/1990 [RTC 1990, 50], 9/1992 [RTC 1992, 9], 93/1993 [RTC 1993, 93], 255/1994 [RTC 1994, 255] y 291/1994 [RTC 1994, 291]). En consecuencia, el derecho a los recursos es un derecho de configuración legal que, como expresara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 54/1984, no faculta a la parte para interponer cualquier recurso sino aquel que las normas vigentes del ordenamiento hayan establecido para el caso.» (*Sentencia de 13 de diciembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10531.*)

b) *Sentencias no apelables. Actos emanados de órganos de Comunidad Autónoma y alegación de vulneración de un principio constitucional. Doctrina trasladable al recurso de casación. Voto particular.*

«La representación procesal de la Asociación apelante impugna la sentencia pronunciada por la Sala de primera instancia porque, como ya adujera en su demanda, el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 181/1987, de 29 julio (LAN 1987, 2337), infringe el principio de jerarquía normativa, recogido por los artículos 9.3 y 97 de la Constitución, así como por el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, al establecer, en los números 2 y 5 de su artículo 23, la limitación temporal de las autorizaciones de explotación de las máquinas recreativas y la necesidad de renovación de las mismas periódicamente previo pago de la tasa de servicios que proceda, sin estar permitido límite alguno ni previstas renovaciones en la Ley 2/1986, de 19 abril, reguladora del juego y apuestas en la Comunidad Autónoma de Andalucía ("BOJA" núm. 35, de 25 de abril de 1986), por lo que dichos preceptos, contrariamente a lo resuelto por el Tribunal *a quo*, son nulos de pleno derecho según dispone el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Se plantea, pues, en este recurso de apelación la discordancia entre un Reglamento autonómico y una Ley emanada del Parlamento de la propia Comunidad Autónoma, determinante de la nulidad radical de los preceptos impugnados por aquél por innovar el contenido de la ley formal e infringir, en consecuencia, el principio constitucional de jerarquía normativa (arts. 9.3 de la Constitución y 1.2 del Código Civil).

La Sala del Tribunal Superior de Justicia, que dictó la sentencia en la instancia, considera, sin embargo, que no existe tal infracción porque el artículo 7.2 y la Disposición Transitoria Tercera de la mentada Ley autonómica otorgan suficiente cobertura legal a los preceptos reglamentarios impugnados, promulgados, por tanto, con estricto respeto del principio aludido.

Resuelta así la cuestión por la sentencia apelada, debemos decidir, primero, si esta Sala del Tribunal Supremo es competente para conocer acerca de la conformidad o no a la Ley autonómica del Reglamento que la desarrolla, por cuanto se esgrime, como motivo de impugnación de éste, la infracción de normas emanadas de los órganos de la propia Comunidad Autónoma.

Según lo establecido por los artículos 152.1, párrafo segundo, de la Constitución y 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culmina la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, y, con idéntico significado, el artículo 152.1, párrafo tercero, de la Constitución dispone que, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, las sucesivas instancias

procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

Al fijar las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el artículo 58.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le ha atribuido el conocimiento de los recursos de casación que establezca la ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas, siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas, disposición ésta que, ante la falta de regulación entonces del recurso de casación, se reprodujo por el artículo 58.1 de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, sobre demarcación y planta judicial, con respecto a la competencia de esta Sala del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de apelación, como el que nos ocupa, al establecer que "no procederá recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los recursos de que conozcan las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia contra actos o disposiciones provenientes de los Organos de la Comunidad Autónoma, salvo si el escrito de interposición se fundase en la infracción de normas no emanadas de los Organos de aquélla", lo que en la actualidad se reitera, en términos equivalentes, por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el vigente recurso de casación, según redacción dada por la Ley de Reforma Procesal 10/1992, de 30 abril.

De estos preceptos se deduce que el sistema legal de competencias jurisdiccionales atribuye la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico, en última instancia, al Tribunal Superior de Justicia en la respectiva Comunidad Autónoma, y, concretamente, en el caso que nos ocupa, a la Sala correspondiente de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal, por lo que nos está vedado conocer del alegato de la parte apelante en que reitera su postura de que la disposición reglamentaria impugnada vulnera la Ley 2/1986, de 19 abril, promulgada por el Parlamento de Andalucía.

No es óbice a ello la invocación del principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, exige el artículo 1.2 del Código Civil y recoge el artículo 9.3 de la Constitución, ya que tal principio, por su carácter intraordinamental, no permite, a los efectos que ahora interesan, su consideración aislada, abstracción hecha del origen, estatal o autonómico, de las normas en conflicto. Aquí lo decisivo es que el vicio que se imputa a los preceptos reglamentarios recurridos nace, en opinión de la apelante, de la pretendida infracción de una ley emanada de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que es de plena aplicación la regla general contenida en el artículo 58.1 de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, que en este caso delimita el ámbito de la apelación.»

#### (Voto Particular)

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Jesús Ernesto Peces Morate, quien, como Ponente, ha redactado la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el Recurso de apelación número 7571/1990 con fecha 23 noviembre 1994, al disentir del criterio de dicha Sala, recogido en el fundamento primero de aquélla, sobre la incompetencia de esta Sala del Tribunal Supremo para conocer y decidir acerca de la cuestión resuelta por la Sala de instancia en relación con la concordancia del Reglamento autonómico impugnado con la Ley aprobada por el Parlamento de la propia Comunidad Autónoma, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. don Pablo García Manzano, don Pedro Antonio Mateos García, don Jaime Ruanet Moscardo, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Manuel Goded Miranda y don Antonio Martí García.

«Sostiene la Sala que la aplicación de los artículos 152.1 de la Constitución y 70

de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 58.4 de esta última y 58.1 de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, sustrae de la competencia de este Tribunal el conocimiento y decisión acerca de si un Reglamento emanado de los Organos de la Comunidad Autónoma se ajusta o no a una Ley aprobada por el Parlamento de la propia Comunidad Autónoma, al haberse residenciado por las Leyes Orgánicas y Procesales vigentes la competencia, para interpretar el ordenamiento jurídico autonómico y resolver si se infringen o no las normas que lo integran, en los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que está vedado a esta Sala del Tribunal Supremo examinar el motivo de apelación de la sentencia recurrida fundado en que los preceptos impugnados del Reglamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 181/1987, de 29 julio, infringen el principio de jerarquía normativa por no ajustarse a lo establecido por la Ley 2/1986, de 19 abril, promulgada por el Parlamento de dicha Comunidad Autónoma.

Aunque nuestro juicio respecto a la desestimación del recurso de apelación es coincidente con el de la Sala, hemos de expresar nuestra discrepancia por lo que respecta a la tesis del Pleno relativa al control del principio de jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico autonómico.

Opinamos que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la denominada de Demarcación y Planta Judicial ni la propia Ley de esta Jurisdicción sustraen de la competencia del Tribunal Supremo velar para que en todo el ordenamiento jurídico positivo, tanto estatal como autonómico, se respete y cumpla el principio fundamental de jerarquía normativa, proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución y recogido, al fijar las fuentes del Derecho, en el artículo 1.2 del Código Civil, sino que, por el contrario, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (arts. 123.1 de la Constitución y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), tiene atribuida legalmente la competencia para conocer de cualquier infracción que se invoque de preceptos constitucionales porque el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional". Es decir que, aun cuando se trate de aplicar normas del ordenamiento autonómico, si se invocase como infringido un precepto constitucional, la competencia corresponde siempre al Tribunal Supremo.

En consecuencia, al haberse esgrimido, en su día, en la demanda, y haber sido objeto del pleito, que los preceptos impugnados del Reglamento sobre Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de Andalucía innovaban el régimen de autorizaciones de explotación de máquinas recreativas establecido por la Ley de la propia Comunidad Autónoma reguladora del Juego y las Apuestas, el motivo de apelación de la sentencia, fundado en la infracción por el Reglamento autonómico del principio constitucional de jerarquía normativa, recogido por los artículos 9.3 y 97 de la Constitución, obliga a esta Sala del Tribunal Supremo a examinar si se respeta o no dicho principio dentro del ordenamiento jurídico autonómico, sin que la decisión que, al respecto, hubiera adoptado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia constituya cosa juzgada porque procede revisarse a través del recurso de apelación entonces procedente por no haberse regulado aún, en la fecha de su interposición, el recurso de casación, que lo fue por Ley 10/1992, de 30 abril.

Otra cuestión es que la invocación de infracciones de preceptos constitucionales en las alegaciones formuladas en la instancia y, sobre todo, al interponer y sustanciar el recurso ante el Tribunal Supremo, sea meramente retórica con el fin de abrir la vía de dicho recurso y acceder al citado Tribunal, ya que, de ser así, estaríamos ante un manifiesto fraude procesal que, por imperativo del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe evitarse, inadmitiendo el motivo del recurso fundado en aquella invocación o el propio recurso si careciese de otros motivos admisibles.

No parece que la tesis de la Sala contiene una contradicción con el propio significado de esta Jurisdicción como revisora de la potestad reglamentaria de la Administración (arts. 106.1 de la Constitución, 8 y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la propia Ley Jurisdiccional), ya que sustrae de las competencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo una potestad que tienen los Jueces y Tribunales de cualquier grado y orden jurisdiccional, cual es la de no aplicar los Reglamentos o cualquier otra disposición (estatales o autonómicas) contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa. Como la *ratio legis* de los preceptos antes citados, contenidos en los artículos 58.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 58.1 de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, y 93.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no puede ser la de privar de eficacia en relación con el ordenamiento jurídico autonómico al precepto contenido en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, discrepamos de la decisión de la Sala y, por consiguiente, debemos examinar si los preceptos impugnados del Reglamento autonómico tienen suficiente cobertura legal en los de la Ley autonómica que la Sala de instancia y la representación procesal de la Administración recurrida invocan al efecto o en otros de esta misma Ley.

La sentencia apelada y la Administración autonómica arguyen que dicha cobertura viene dada por el precepto contenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 2/1986, de 19 abril, del Parlamento de Andalucía, que literalmente dispone que "Las autorizaciones de carácter temporal concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley tendrán el plazo de vigencia que en ellas se indique. Se establece un plazo máximo de cinco años para los permisos expedidos para la explotación de máquinas de juego, pudiendo ser renovados si se cumplen los supuestos exigidos en esta Ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen". Los preceptos impugnados del Reglamento sobre la validez temporal y las sucesivas renovaciones de las licencias de explotación de las máquinas recreativas, se afirma por la Sala de instancia, no son sino una reiteración de lo establecido en la citada norma de la Ley, que, con una técnica incorrecta, se ha incluido indebidamente entre las Disposiciones Transitorias.

Tal interpretación y calificación de la técnica legislativa, hechas por el Tribunal *a quo*, nos parecen contrarias tanto a lo dispuesto por el artículo 3.1 del Código Civil como a la regla de aplicación de las normas jurídicas contenida en el artículo 4.2 de este mismo cuerpo legal.

Si las normas, conforme al primero de los indicados preceptos del Código Civil, se han de interpretar según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y si las de ámbito temporal, cual son las transitorias, no se aplicaran a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas, según el segundo de los preceptos citados del propio Código Civil, no se puede llegar a otra conclusión acerca del ámbito de aplicación de la transcrita Disposición Transitoria de la Ley 2/1986, de 19 abril, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que la de que se circunscribe a regular sólo los permisos de explotación concedidos sin un plazo determinado y con anterioridad a la vigencia de la ley, los cuales podrán ser renovados si se ajustan a los requisitos que la nueva Ley establece.

No cabe, por tanto, deducir de esta regla de naturaleza transitoria la cobertura de un precepto reglamentario promulgado para regir las autorizaciones de explotación de las máquinas recreativas que hayan de otorgarse después de la entrada en vigor de la nueva Ley, porque las reglas de transición no son sino "normas determinadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio de legislación", de manera que tienen una finalidad meramente delimitadora de la regla material, que rige el efecto jurídico propio de una relación o derecho subjetivo, y un objeto especial limitado a las relaciones jurídicas que existen en una época de transición, es decir, cuando unas normas son sustituidas por otras.

En consecuencia, la cobertura de los preceptos reglamentarios, tachados de nu-



los por innovar el régimen establecido por la citada Ley autonómica, no puede estar, en contra del parecer de la Sala de instancia, en una norma de derecho transitorio por las razones que acabamos de exponer.

Sin embargo, cabría encontrar a los preceptos reglamentarios autonómicos impugnados la imprescindible cobertura, exigida por el principio básico de jerarquía normativa, en lo dispuesto concordadamente por los artículos 4.1.a) y 7.1 y 2 de la mencionada Ley 2/1986, de 19 abril, del Parlamento de Andalucía. Conforme a éstos, "Requerirán autorización administrativa previa, en los términos que reglamentariamente se determinen, ... los que se practiquen mediante máquinas de juego puramente recreativas, las recreativas con premio y las de azar", y "la realización de todas las actividades necesarias para la práctica de los juegos permitidos a que se refiere esta Ley requerirá la correspondiente autorización administrativa", cuyas "autorizaciones deberán señalar de forma explícita sus titulares, el tiempo por el que se conceden, los juegos autorizados y las condiciones de los mismos...".

De tales preceptos se deduce, en nuestra opinión, la adecuación de los números segundo y quinto del artículo 23 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 181/1987, de 29 julio, a la Ley 2/1986, de 19 abril, de la propia Comunidad, ya que aquéllos se limitan a desarrollar los transcritos preceptos legales, que imponen la temporalidad de la vigencia de las autorizaciones de explotación de las máquinas recreativas y la necesidad de señalar, de forma explícita, el tiempo por el que se conceden, de manera que, al fijar el plazo de validez en cinco años, no innovan el régimen legal de autorización administrativa de las máquinas recreativas, que, por expreso mandato legal, ha de ser temporal, habiendo confiado la propia Ley autonómica, en su artículo 4, al desarrollo reglamentario la determinación del plazo de vigencia de las mismas.

Por considerar, en contra de lo sostenido por la Asociación demandante y ahora recurrente, que no se vulnera por los preceptos del Reglamento autonómico impugnados el principio de jerarquía normativa, y no porque, como sostiene el Pleno de la Sala, haya de aceptarse la decisión al respecto del Tribunal *a quo* como cosa juzgada, estimamos que debe rechazarse el motivo de apelación fundado en la infracción de lo dispuesto por los artículos 9.3 y 97 de la Constitución y 1.2 del Código Civil.» (*Sentencia de 23 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 10352.*)

## 2. *Recurso de casación. La resolución definitiva adopta siempre la forma de sentencia, incluso si el recurso se ha interpuesto contra un Auto.*

«Previamente se ha de considerar la cuestión formal implícitamente suscitada por las partes en sus respectivos escritos formulados en este recurso de casación al formular el correspondiente *petitum*. Ambas partes reclaman que la resolución que se dicte revista la forma de auto.

Esta Sala que ahora enjuicia viene resolviendo estos recursos de casación, que versan sobre autos dictados en instancia, en cuestiones de suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados en asuntos principales, de los cuales la pieza separada de suspensión dimana, en forma de sentencia, por las razones jurídicas siguientes:

A) Porque el apartado c) del punto 1 del artículo 245 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, literalmente dispone que "las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominan: ... sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando según las Leyes Procesales, deban revestir esta forma".

B) Porque cuando la Ley 10/1992, de 30 abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, modifica, en lo que aquí importa, la Ley Reguladora de la Jurisdic-

ción Contencioso-Administrativa, implantando como novedad el recurso de casación, susceptible de ser interpuesto contra determinadas sentencias y autos dictados en instancia por los Organos jurisdiccionales correspondientes; dispone concretamente en forma sustancial un mismo trámite procesal, para todos ellos, ya se trate de la casación de sentencias como de la de los autos que la norma acota; estableciendo el punto 3 del artículo 101 de la mentada Ley Procesal una forma común de resolución definitiva del recurso de casación, cual es la de "Sentencia"; al igual que hace cuando trata de declarar "desierto" o "inadmisible" el recurso de casación, que confirme al artículo 100 ha de revestir la forma común de auto, tanto cuando se trate de sentencias como de autos recurridos.

Es decir, en uno y otro caso se siguen sendos procedimientos comunes, tanto en la casación de sentencias como en las de los autos; con la diferencia de que cuando se trata de resolver definitivamente el recurso de casación interpuesto contra sentencias o auto ha de revestir la resolución la forma de sentencia, y cuando se trata de la declaración de "desierto" o "inadmisible" ha de ser la de auto; pero siempre, en los respectivos casos, ya se trate de sentencias o de autos, ha de ser una misma forma de procedimiento para sentencias y autos, y revestir una misma forma de resolución para todos ellos.» (*Sentencia de 19 de septiembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 7129.*)

### 3. Casación en interés de la ley.

#### a) Sujetos legitimados. Todas las administraciones, pero sólo ellas.

«Tienen su origen inmediato estos autos en la impugnación, precisamente por el cauce de la casación en interés de la Ley, de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 septiembre 1993. Y en el estudio de los presupuestos procesales es claro que la legitimación de la Asociación recurrente ha de integrar el primer tema de reflexión.

Ciertamente, la no muy clara dicción del artículo 102.b).1 de la Ley Jurisdiccional y, en la misma línea, la exposición de motivos de la Ley 10/1992, de 30 abril, que introdujo la casación en interés de la Ley en nuestro sistema procesal administrativo, evidencian, sí, que la legitimación activa en este recurso ha quedado ampliada respecto de la extensión que se le atribuía en la vieja apelación en interés de la Ley —art. 101 de la Ley Jurisdiccional en su redacción anterior—, pero suscitan la duda de si tal ampliación se limita a la inclusión de todas las Administraciones Públicas —ya no sólo la estatal— o si además van a quedar habilitadas para el recurso otras personas distintas de aquéllas.

A este respecto importa destacar que la extraña figura de la casación en interés de la Ley ofrece, en la regulación del artículo 102.b), dos características fundamentales:

A) Ante todo, la sentencia que se dicte en el recurso "respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida". Y de esta falta de virtualidad práctica de la decisión del recurso para el caso concretamente planteado deriva claramente que el hecho de haber sido parte en el proceso en el que recayó la sentencia impugnada no puede atribuir interés —legitimación— para la casación en interés de la Ley.

B) Pero, además, el recurso procede, en lo que ahora importa, cuando la sentencia a impugnar resulte "gravemente dañosa para el interés general", interés general éste cuyo servicio resulta ser el cometido que la Constitución atribuye precisamente a la Administración —artículo 103.1 de contenido aplicable a todas las Admi-

nistraciones Públicas, como hoy advierte expresamente el artículo 3.º.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre—: sólo las Administraciones Públicas están habilitadas para “estimar” o no “estimar” que una sentencia resulta gravemente dañosa para el interés general y, por tanto, para decidir si ha de interponerse o no el recurso de casación en interés de la Ley.

Es de concluir, así, que la imprecisa dicción de la parte inicial del artículo 102.b).1 de la Ley Jurisdiccional ha de perfilarse refiriéndola exclusivamente a las Administraciones Públicas: todas ellas pero también sólo ellas pueden resultar legitimadas para la formulación del recurso de casación en interés de la Ley —Sentencias de 26 abril y 11 octubre 1994 (RJ 1994, 2922 y 7930)—.» (*Sentencia de 15 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 8850.*)

b) *Legitimación de Puerto Autónomo, como entidad pública que representa el interés general.*

Vid. VIII. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL. (*Sentencia de 19 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 10659.*)

E) *Costas. Sólo procede la condena en costas cuando se adoptan posturas procesales contrarias al principio de buena fe en el sostenimiento de las pretensiones. El retraso en el envío del expediente administrativo comporta otras medidas diversas de la condena en costas.*

«Procede examinar a continuación el problema relativo a las costas procesales. Ya se indicó que la Sala de Palma de Mallorca ha impuesto las costas al Ayuntamiento demandado. Dice la referida Sala en su tercer fundamento de derecho que “De lo indicado en el primer fundamento de esta sentencia llegamos a la conclusión que concurre mala fe en la actuación de la Administración demandada y, por lo demás, temeridad en el sostenimiento de su acción, por lo que procede la imposición de las costas del juicio”. En el aludido primer fundamento la indicada Sala pone de relieve que reiteradamente viene recordando que la Administración debe resolver las peticiones o los recursos planteados, así como que hubo que realizar en diversas ocasiones la reclamación de los expedientes de que se trata al Ayuntamiento de Felanitx, destacando que se tardó una de las veces más de un año en dar respuesta a los requerimientos del Tribunal.

En relación con la cuestión apuntada en el razonamiento precedente, este Tribunal considera que no procede la imposición de costas en cuestión en razón a las consideraciones que seguidamente se van a exponer. Sabido es que la condena en costas, como pone de relieve la parte apelante, tiene como fundamento la adopción de posturas estrictamente procesales que sean, dolosa o culposamente, contrarias al principio de buena fe en el sostenimiento de alguna pretensión ante los Juzgados o Tribunales. De aquí que cualquier otra forma de obrar sin trascendencia directa en el ámbito antes indicado, aunque se haya producido en el propio proceso, podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidades o producir otros efectos, pero no puede servir de fundamento a la condena en costas. En los supuestos en que el expediente administrativo no se remita al Tribunal en el plazo máximo e improrrogable de veinte días a que se refiere el artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, este artículo prevé la adopción de una serie de medidas por parte

del Tribunal que pueden llegar a la exigencia de responsabilidades a que diera lugar la desobediencia. El retraso en el envío del expediente puede originar, por tanto, las responsabilidades previstas en el referido artículo 61, pero al ser ajeno dicho retraso al fundamento, antes indicado, de una condena en costas, no puede ser tenido en cuenta al decidir sobre la imposición de aquéllas, aparte de que de dicho retraso, como se ha señalado, puede dar lugar a específicas responsabilidades. Por otro lado, a lo que se ha expuesto hay que añadir que al otorgarse las licencias cuestionadas el Ayuntamiento siguió, según resulta de lo actuado, el criterio que venía manteniendo para la concesión de licencias en la urbanización de que se trata, criterio el expresado que podría tener su justificación en no perjudicar los intereses de los propietarios de las parcelas ante el retraso que venía sufriendo la instalación del alcantarillado por diferencias surgidas con los promotores de la urbanización que dieron lugar al planteamiento de diversas reclamaciones judiciales. Las circunstancias acabadas de expresar excluyen que pueda calificarse de temeraria la oposición del Ayuntamiento, lo que impone, como ya se adelantó, estimar el recurso de apelación en el extremo que ahora se ha examinado.» (*Sentencia de 22 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8520.*)

## XVII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) *Derecho de las Administraciones públicas a ser indemnizadas. Interpretación del concepto legal de particulares. Se reconoce el derecho a ser indemnizada.*

«El señor Abogado del Estado alega en su recurso de apelación, que comenzamos por examinar, la falta de legitimación de la Diputación Foral de Vizcaya para ejercitar acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado, porque los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 julio 1957 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa utilizan el término de "particulares" para designar a los titulares del derecho a indemnización por lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de lo cual deduce que la legislación no ha establecido entre las distintas Administraciones Públicas derecho a indemnizaciones recíprocas por el funcionamiento de sus respectivos servicios, alegación que en el suplico de su escrito configura como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. La falta de legitimación a que alude el señor Abogado del Estado consiste en negar a la Diputación Foral de Vizcaya la titularidad del derecho a ser indemnizada que ejercita, por lo cual no se trata de un problema de falta de legitimación procesal, sino que afecta al fondo de la cuestión planteada, lo que impide que pueda considerarse como motivo de inadmisibilidad del recurso. Pero también debemos rechazar esta argumentación como razón para desestimar la pretensión que hace valer la Diputación Foral de Vizcaya, verificando una interpretación integradora del término "particulares" que se contiene en los preceptos anteriormente citados y se reitera en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aunque sin aplicación este último por razón de su fecha a los hechos debatidos en este proceso). Entendemos, como ha quedado apuntado, que la referida expresión "particulares" debe ser objeto de una interpretación integradora, de modo que no sólo comprenda a los ciudadanos, que en el Derecho administrativo reciben la denominación de "administrados", sino también a las distintas Administraciones Públicas, cuando una de ellas sufre una lesión en sus bienes o derechos que es consecuencia, en una relación directa de causa a efecto, del fun-

cionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados por otra Administración Pública. Las razones que fundamentan este criterio son las siguientes:

1.º Cuando el funcionamiento de los servicios de una Administración Pública produce una lesión antijurídica en el patrimonio de otra Administración Pública no existe en el ordenamiento una norma que establezca el medio por el que la persona de Derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante del daño su resarcimiento de forma coactiva, esto es, acudiendo a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que declare la obligación de indemnizar, si la Administración responsable no acepta voluntariamente asumir dicha responsabilidad. Se produce en la materia un auténtico vacío del ordenamiento, o laguna de la ley, que no contempla este supuesto ni da la adecuada respuesta para su solución.

2.º Las lagunas de la ley han de ser colmadas por los Tribunales, que tienen el deber de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, correspondiendo a la jurisprudencia la función de complementar el ordenamiento jurídico, al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1, apartados 6 y 7, del Código Civil). Uno de los instrumentos que sirve de manera esencial para llenar las lagunas de la ley es la analogía, respecto de la cual el artículo 4.1 del antes dictado Texto Legal previene que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

3.º Entre el supuesto en que un “particular” sufre una lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, teniendo derecho a su indemnización, y el caso en que la lesión se produce en el patrimonio de una Administración Pública, encontramos la *eadem ratio decidendi* o identidad de razón que el artículo 4.1 del Código Civil exige para la procedente aplicación de la analogía. En el ámbito del Derecho se actúa en tanto se tiene la cualidad de persona, sea ésta física o jurídica, de Derecho público o de Derecho privado. La persona, como centro de imputación de derechos y deberes, es titular de un patrimonio, y, cuando dicho patrimonio experimenta una lesión antijurídica, debe ser resarcida por el causante de la lesión. Desde una concepción política del Estado podrá mantenerse que en él se comprenden las diversas entidades públicas que forman parte de su organización y, en particular, las de carácter territorial (Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios). Pero en el campo del Derecho, y en la esfera del Derecho Administrativo particularmente, la Administración General del Estado es una persona de Derecho público con patrimonio propio y distinto, con derechos y deberes diferentes a los de las Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos. La razón por la que las normas obligan a indemnizar los daños y perjuicios causados en los bienes y derechos de un “particular” por el funcionamiento de los servicios públicos es evitar que éste haya de sufrir una lesión antijurídica en beneficio de la Administración Pública causante de tal lesión. Pues bien, la misma razón debe impedir que tal resultado dañoso haya de ser soportado por una Administración Pública, que tiene su patrimonio propio, cuando el daño procede del funcionamiento de los servicios de otra Administración Pública, que es titular de un patrimonio distinto del de la Administración lesionada. El deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento de justicia: evitar que una persona (pública o privada) haya de soportar la lesión o daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de una determinada Administración Pública. En el presente supuesto la pretensión indemnizatoria se ejercita por la Diputación Foral de Vizcaya. En otros casos puede ser la Administración General del Estado la que experimente la lesión antijurídica en sus bienes o derechos como consecuencia de la actividad de otra Administración Pública, ya que la interpretación que mantenemos protege a todas las Administraciones Públicas. El criterio de integrar el ordenamiento en la forma que ha quedado expuesto tiene también una sólida fundamentación en los artículos 9.3 y 121 de la Constitución. El primero establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos por su actividad, sin hacer distinciones que reduzcan el

ámbito subjetivo de su eficacia, siempre que dicha responsabilidad resulte de una adecuada exégesis y aplicación de la normativa vigente. El artículo 121, al determinar el derecho a una indemnización a cargo del Estado por los daños causados por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tampoco contiene limitación alguna que afecte a los sujetos lesionados que tienen la facultad de solicitar las debidas indemnizaciones, donde se encuentran comprendidas las Administraciones Públicas distintas a la del Estado y no solamente "los particulares", lo que avala la decisión que al respecto consideramos procedente. En consecuencia, nuestro criterio es que los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 y concordantes deben ser de aplicación, por analogía, no sólo a los "particulares", sino también a las Administraciones Públicas lesionadas por el funcionamiento de los servicios de otra Administración Pública, realizando así una función integradora del ordenamiento, conforme con el principio de derecho que exige impedir que una persona haya de sufrir en su patrimonio una lesión calificada de antijurídica, que no tenga el deber de soportar.

4.º La enmienda número 398, formulada y aceptada en la tramitación ante el Congreso de los Diputados de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, suprimió del artículo 137.1 de dicho texto (luego artículo 139.1), equivalente al artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 julio 1957, la referencia a las Administraciones Públicas como sujeto pasivo de la responsabilidad administrativa, pero ello lo hizo entendiendo que el supuesto iba más allá de lo establecido en la Constitución, es decir, con la finalidad de respetar la dicción estricta de la Ley Fundamental; pero sin manifestar una voluntad contraria del legislador a la interpretación integradora del ordenamiento jurídico que defendemos, por lo que no estimamos que invalide los razonamientos expuestos anteriormente.

En consecuencia, procede desestimar este motivo de la apelación deducido por el Abogado del Estado, rechazándolo, en cuanto así lo articula, como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.» (*Sentencia de 14 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8741.*)

*B) Relación de causalidad. Conducta del perjudicado. No comunicar a la autoridad gubernativa la celebración del contrato de arrendamiento del local dañado por operación antiterrorista. No se rompe la relación de causalidad ni se debe minorar la cuantía de la indemnización.*

«Discrepa el Abogado del Estado de la sentencia apelada porque la Sala de primera instancia considera (a efectos de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada por los desperfectos causados, por importe de 283.360 pesetas, en un local comercial, propiedad de la demandante, como consecuencia de la actuación de las Fuerzas del Orden Público en el transcurso de una operación policial para detener a unos terroristas) inoperante que la propietaria dejase de cumplir el deber que le imponía el artículo 8 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, consistente en comunicar el arrendamiento del local a la Autoridad Gubernativa.

Por el contrario, la Administración del Estado, de acuerdo con el previo dictamen emitido por su más alto Órgano Consultivo, rechazó la petición de indemnización al considerar que el incumplimiento del indicado deber es una falta de solidaridad ciudadana que conlleva la obligación de soportar los daños y perjuicios que se le hubieran causado a la arrendadora por la actuación policial tendente a preservar el orden público.

Se esgrime, pues, por el representante procesal de la Administración apelante, al

igual que hiciese ésta en la vía previa para eludir su responsabilidad patrimonial, que el cumplimiento del deber ciudadano de comunicar el arrendamiento a la Autoridad Gubernativa sitúa a la arrendadora en la obligación de soportar el daño causado por las Fuerzas de Seguridad con motivo del cumplimiento de su misión de garantizar la seguridad ciudadana.

Al igual que hizo el Tribunal *a quo*, debemos rechazar la tesis de la Administración apelante porque se arrumbaría el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal y como lo configuran los preceptos contenidos en los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, y en la actualidad también el artículo 139 de la vigente Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, así como la jurisprudencia de este Tribunal interpretativa de aquéllos (Sentencias de esta misma Sala y Sección de 5 febrero y 20 abril 1991 [RJ 1991, 720 y 3073], 10 mayo, 18 octubre, 27 noviembre y 4 diciembre 1993 [RJ 1993, 6375, 7499, 8945 y 10051] y 14 mayo, 4 junio, 2 julio y 27 septiembre 1994 [RJ 1994, 4190, 4783 y 6673]), si el incumplimiento de cualquier norma reguladora de la convivencia situase al ciudadano ante el deber jurídico de soportar las consecuencias del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos cuando la prestación de éstos tenga relación con la obligación incumplida por el perjudicado.

La infracción de una norma, que impone determinadas obligaciones a los ciudadanos o administrados, conllevará el reproche o sanción que legalmente vengan establecidos al respecto, pero no exonera a la Administración de responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados a aquéllos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, salvo los casos de fuerza mayor o cuando no exista vínculo alguno de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido, pues dicha responsabilidad ha sido configurada legal y jurisprudencialmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en cuyos efectos reparadores podrá tener más o menos trascendencia la propia conducta del perjudicado como concausa del daño producido, hasta, en ocasiones, llegar a romper el exigible y aludido nexo causal con la subsiguiente excusa para la Administración.

En este caso, como certeramente ha valorado la Sala de primera instancia, la conducta de la perjudicada, al no comunicar a la Autoridad Gubernativa la celebración del contrato, carece de virtualidad para moderar la cuantía de la indemnización a cargo de la Administración del Estado porque el arrendamiento en cuestión se estipuló un mes antes de que la operación policial antiterrorista causase los desperfectos en el local comercial, de manera que no cabe imputar a la propietaria de éste o a su administrador abandono, desidia y menos tolerancia en cuanto al destino que se le hubiese dado como almacén de explosivos, armas u otros objetos peligrosos porque, conforme a las cláusulas contractuales, debía ser usado para almacén de librería, y, en consecuencia, como ya declarase este Tribunal en las Sentencias de sus antiguas Salas Cuarta y Quinta, de fecha 11 octubre 1984 (RJ 1984, 15098) y 28 enero 1986 (RJ 1986, 69), la conducta de la víctima —aun siendo ilícita— no rompe el nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado lesivo por carecer de idoneidad o de entidad suficiente para ello, lo que obliga a desestimar el presente recurso de apelación sostenido por el Abogado del Estado en la representación que le es propia.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1994, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10353.)

Tomás FONT I LLOVET  
Joaquín TORNOS MAS

