II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento autonómico. Dictamen del Consejo de Estado. Doctrina general. Reglamento autonómico dictado en el marco de la legislación básica estatal.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: 1. *Naturaleza. Se niega el carácter de acto administrativo al dictado por la Presidenta de la Sociedad de Estiba y Desestiba.* 2. *Ejecución forzosa. Necesidad de acto previo de intimación.*—III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: *Discrecionalidad técnica. Comisiones administrativas.*—IV. DOMINIO PÚBLICO: *Afectación natural. Terrenos pantanosos desecados y posteriormente inundados.*—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Alteración de términos municipales.*—VI. LIBERTADES PÚBLICAS: *Derecho al cargo. Consejo de RTVE.*—VII. SANCIÓN: 1. *Potestad sancionadora. De Colegio Profesional.* 2. *Procedimiento sancionador. Caducidad.*—VIII. RESPONSABILIDAD: 1. *Lesión. Depresión producida al desestimar petición de cirugía plástica tras un accidente.* 2. *Derivada de la anulación de un acto. Supuesto de anulación de una sanción.* 3. *Relación de causalidad. Doctrina de la causalidad adecuada.*

I. FUENTES

Reglamento. Dictamen del Consejo de Estado. Resumen de la doctrina jurisprudencial. Concepto de reglamento ejecutivo. Reglamento autonómico dictado en el marco de la legislación básica estatal.

«La infracción de los artículos 22.3 y 23 LOCE se fundamenta en que la sentencia de instancia rechaza la necesidad del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de aprobación del Decreto 97/1990, negando contradictoriamente el carácter ejecutivo del Reglamento e invocando una Sentencia de este Tribunal de 25 octubre 1991 (RJ 1991, 8178), que no resulta aplicable, para fundamentar que dicho informe no es preceptivo para Reglamentos ejecutivos de otros Reglamentos.

La exigencia de informe preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de disposición reglamentaria de las Comunidades Autónomas ha sido una cuestión singularmente controvertida, que no ha tenido un tratamiento unitario en la propia jurisprudencia de este Tribunal y en la que ha estado implícito el propio debate sobre la posición institucional que la Constitución otorga a dicho Consejo en la configuración del Estado plural autonómico que instaura.

El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del artículo 107 CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene, en realidad, el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución diseña, como deriva de su no integración en la Administración activa, de su composición y de sus funciones consultivas que se extienden a las Comunidades Autónomas (Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 marzo [RTC 1990, 56]). Así resulta explícitamente del artículo 23, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LOCE), Ley Orgánica 3/1980, de

22 abril —Ley a la que se remite el citado artículo 107 CE para la regulación de su composición y competencia—, que dispone que "el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes", y, en lo que interesa al presente recurso, del artículo 44.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA), Ley Orgánica 6/1981, de 30 diciembre, que establece que "el Consejo de Estado informará los reglamentos generales que la Comunidad Autónoma dicte en ejecución de leyes estatales".

Ahora bien, el concreto alcance de la exigencia del informe vinculante del Consejo de Estado respecto del ejercicio de las potestades reglamentarias de las Administraciones Autonómicas dio lugar a posiciones doctrinales contradictorias. Una interpretación amplia del referido artículo 23, segundo, LOCE se fundamentaba no sólo en la consideración de que este precepto era un desarrollo del artículo 107 CE, sino también en la referencia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Régimen del Procedimiento Administrativo Común (art. 149.1.18 CE). La interpretación restrictiva aludía, por el contrario, a la necesidad de evitar que la función consultiva del Consejo de Estado se convirtiera en una función general de control sobre las Comunidades Autónomas que no tenía amparo en el texto constitucional, de manera que la intervención del Alto Organo Consultivo en este ámbito había de ser esporádica, como se desprende del artículo 153.*b)*, en relación con el artículo 150.2 de la Constitución, referida a competencias autonómicas asumidas extraestatutariamente o al ejercicio de competencias estatales asumidas por vía de transferencia o delegación.

En los pronunciamientos de esta Sala, hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 20 noviembre (RTC 1992, 204), se pueden distinguir dos líneas jurisprudenciales: conforme a una de ellas, mayoritaria, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado se exige para los reglamentos autonómicos dictados en desarrollo de leyes estatales, no para los reglamentos dictados en ejecución exclusiva de leyes autonómicas, entre otras, Sentencias de 12 mayo y 23 octubre 1987 (RJ 1987, 5258 y 7394), 18 marzo 1988 (RJ 1988, 2481), 5 abril 1989 (RJ 1989, 3153) y 6 junio 1988 (RJ 1988, 4533) (esta última, precisamente, en contemplación del artículo 44.1 EAA, anula por omisión de dicho dictamen el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 30 octubre de 1984); conforme a otra, minoritaria, se hace depender la intervención preceptiva del Consejo de Estado de que lo disponga la concreta Ley a desarrollar por el Reglamento autonómico (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 febrero y 21 junio 1988 [RJ 1988, 1184 y 4410]). Dualidad de criterios que se mantiene después de las Sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 19 octubre y 24 noviembre 1989 (RJ 1992, 3882 y 3953), y de ulteriores sentencias en las que se apunta, incluso, el carácter sucedáneo de informes de otros órganos técnicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 diciembre 1989).

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, de 26 noviembre, aborda directamente, no ya la cuestión de si el Consejo de Estado puede actuar como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas —incluso emitiendo dictámenes preceptivos— que había sido resuelta en sentido afirmativo, sino si esta intervención podía venir establecida en una Ley de Estado y, más concretamente, en la Ley Orgánica del Consejo de Estado y con la amplitud con que se establece en el párrafo segundo de su artículo 23. A estos efectos, el Tribunal Constitucional entiende que este precepto de la Ley Orgánica no hace sino concretar la normativa básica o la procedimental común, de inexcusable observancia para las Comunidades Autónomas, resalta la importante garantía que para el interés general y la legalidad objetiva representa la intervención del Consejo de Estado, y entiende que, aunque la norma orgánica es susceptible de diversas interpretaciones, las "competencias correspondientes" que menciona parecen referirse a todas aquellas que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, sin que la ley distinga entre las asumidas por vía estatutaria o a través de las formas previstas en el artículo 150 CE. Ello,

no obstante, en el ejercicio de su autonomía organizativa las Comunidades Autónomas pueden establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, en cuyo caso resulta constitucionalmente posible la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación al ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad. Eventualidad ésta, obviamente ajena a la consideración del presente recurso, por cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía, como superior órgano consultivo del Consejo y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se crea por Ley 8/1993, de 19 octubre, con posterioridad, por tanto, al Decreto, objeto de impugnación, 97/1990 de la Junta. Como tampoco puede considerarse, por su vigencia posterior, la incidencia que en la configuración de la regulación del procedimiento administrativo común y en la trascendencia de la omisión de informes preceptivos ha posido tener la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La doctrina de la Sala posterior a la referida sentencia del Tribunal Constitucional no modificó de forma radical su interpretación de la referencia del artículo 23, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado a "en los mismos casos previstos en esta Ley (LOCE) para el Estado", sino que ha seguido distinguiendo entre disposiciones reglamentarias que son ejecutivas de Leyes estatales —o de Reglamentos Comunitarios (Unión Europea)— en cuya elaboración es preceptivo el informe del Consejo de Estado, y aquellos Reglamentos de las Comunidades Autónomas que son de carácter organizativo o son ejecutivos de Leyes regionales dictadas por los Parlamentos de esas Comunidades, en las que no resulta preceptivo, con lo que parece seguir una de las dos primeras corrientes jurisprudenciales antes expuestas; así resulta, entre otras, de las Sentencias de 21 enero, 7 mayo y 13 junio 1992 (RJ 1992, 742, 3972 y 5910), 11 y 20 mayo 1993 (RJ 1993, 3610 y 3421), 15 y 19 julio 1993 (RJ 1993, 6194 y 5594), 2 y 25 noviembre 1993 (RJ 1993, 8401 y 9041) y 14 septiembre y 25 octubre 1994 (RJ 1994, 6969 y 8207).

Sin embargo, progresivamente se ha ido consolidando una posición más en sintonía con la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, que extiende la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado, de la que son paradigmas la Sentencia de 16 enero 1993 (RJ 1993, 342), dictada en recurso extraordinario de revisión y la Sentencia de 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2623), *que vienen a exigir el informe del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una Ley, siempre que no exista un organismo autonómico homologable a dicho Consejo.*

Sobre la condición de Reglamento ejecutivo a la que se vincula el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado también se observan algunas divergencias jurisprudenciales: mientras en unas ocasiones se atiende a una concepción material, comprendiendo en el concepto aquellos reglamentos que de forma total o parcial "completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan" una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia, en otras se da cabida también, en una perspectiva formal, a los reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Resultarían, por tanto, excluidos del informe preceptivo del Consejo de Estado, únicamente, los proyectos ya informados que son objeto de alguna modificación no esencial (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 febrero 1988 [RJ 1988, 1446]), los reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, y, en especial, los Reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno y los reglamentos de necesidad.

Ahora bien, desde la perspectiva del presente recurso tiene singular importancia recordar la peculiar evolución experimentada en la doctrina de esta Sala sobre la trascendencia, para exigir o no el informe del Consejo de Estado, de la distinción entre el reglamento ejecutivo de una Ley y el reglamento regional complementario

de la ley o legislación básica del Estado. Para este último, la Sentencia de 1 junio 1990 (RJ 1990, 6307) no exigió dicho informe, argumentando que, aunque la legislación básica del Estado y la complementaria regional se integran en un sistema único, están al servicio de políticas propias de los respectivos entes que producen las normas, políticas que en materias concurrentes no pueden ser contradictorias, pero que pueden ser distintas y que, en todo caso, deben ser autónomas, por lo que no resulta justificado un informe del Consejo de Estado, órgano consultivo del Estado, que, según el artículo 2.1 de su Ley Orgánica, debe valorar aspectos de oportunidad y conveniencia. En la actualidad, sin embargo, debe entenderse rectificado dicho criterio por el sustentado en la mencionada Sentencia, dictada en recurso extraordinario de revisión, de 16 enero 1993, según el cual es innegable, desde un punto de vista regurosamente técnico, que no son homologables los reglamentos ejecutivos de las Leyes (sean éstas estatales o autonómicas) y aquellos reglamentos que las Comunidades Autónomas aprueban en el marco de la legislación básica estatal, en materia de competencia concurrente o compartida entre el Estado y los Entes Autonómicos. En estos supuestos no se trata de completar, pormenorizar, detallar o precisar una regulación a nivel de Ley (que es lo propio de los reglamentos ejecutivos a que se refiere el art. 22.3 LOCE), sino de ejercitar una competencia autonómica, en el plano normativo reglamentario, con sujeción a los límites que la legislación básica estatal le impone, lo que permite a la Comunidad Autónoma introducir en la regulación opciones políticas propias, acomodadas a sus peculiares características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales, por lo que así considerados estos instrumentos normativos, más que desarrollar las normas básicas, la función que cumplen es complementar el ordenamiento jurídico. Ahora bien, siendo ello cierto, no es inmisión ilegítima la exigencia del trámite de consulta por parte de un órgano que no pertenece en rigor a la Administración Central ni en ella se encuadra, dada su posición en el ordenamiento jurídico y las *autoritas* que le confiere su configuración organizativa y funcional, como es el Consejo de Estado, por lo que la intervención consultiva de éste, sin carácter vinculante por otra parte, en nada empece al principio de autoorganización ni a la autonomía de la gestión de los intereses propios que a las Comunidades Autónomas reconoce y garantiza el artículo 137 del Texto Constitucional. En otro orden de cosas y atendiendo a la finalidad que cumple el controvertido dictamen, entendido éste más que como un control de legalidad pura y simple como un requisito garantizador en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, es lo cierto que aun respetando las opciones políticas propias a las que hemos aludido, las normas reglamentarias autonómicas incorporan, sin duda, un cierto grado de aplicación o concreción a su ámbito territorial de la legislación básica estatal sobre la materia y trasladan, o deben trasladar, a éste las determinaciones básicas que vienen obligados a respetar, por lo que es difícil negar que la adecuación a la Constitución y a la Ley básica estatal, por parte del reglamento autonómico, como finalidad garantizada por el examen previo del Consejo de Estado, se halla en el mismo plano que cuando el dictamen se produce en la relación entre la Ley y el reglamento ejecutivo.

Teniendo en cuenta la expresada doctrina, resulta plenamente encuadrable el Decreto cuestionado, Decreto de la Junta de Andalucía 97/1990, de 13 marzo, por el que se regulan las condiciones y requisitos para la autorización y registro de establecimientos de óptica dentro de la categoría de normas reglamentarias autonómicas que precisan —en ausencia de órgano consultivo autonómico homologable, como ocurría en Andalucía en la fecha en que se dictó— informe preceptivo del Consejo de Estado: su propio preámbulo invoca el artículo 20.1 EEA que atribuye a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Sanidad Interior; y en su articulado se hace singular referencia a los artículos 29 y 30 de la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, y al Real Decreto 2177/1978, de 1 septiembre, sobre registro, catalogación e inspección de centros sanitarios. Y en el mismo sentido debe resaltarse la importancia institucional de la intervención del Consejo de Estado, como corresponde a su compe-

tencia técnica y distanciamiento de los órganos de la Administración activa, en la elaboración de las disposiciones reglamentarias, encaminada a efectuar un control preventivo de legaliad y a una valoración de oportunidad y conveniencia (art. 2.1 LOCE), no sustituible, cuando resulta preceptiva, por el control *a posteriori* de mera ilegalidad que puede efectuar el propio Tribunal, con lo que debe abandonarse como criterio general, y sin perjuicio de determinadas excepciones, el que sustentaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 mayo y 2 junio 1987 (RJ 1987, 5241 y 5908) (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 mayo 1989 [RJ 1992, 3744], Sala Especial, y 5 junio 1989). No es correcto, pues, volatilizar dicha cautela previa, que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el artículo 106 CE, casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual que, más de una vez, se produce cuando la norma reglamentaria ha sido derogada o sustituida o lleva años en vigor, produciendo los correspondientes efectos. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un puro formalismo sino que actúa como garantía preventiva, para asegurar, en lo posible, el imperio de la Ley y el propio acierto en la norma reglamentaria. Por otra parte, no puede utilizarse la denominación de "Reglamentos generales" para, en una arcaica acepción interpretativa, excluir del dictamen preceptivo del Consejo de Estado las normas reglamentarias que, como la que se contempla, no desarrollan la totalidad de una ley, sino determinados preceptos de ésta, como tampoco invocar a los mismos fines la intermediación de un reglamento previo al que directamente desarrollaría la norma cuestionada.

Es cierto, en alguna medida, que, como señala la Sentencia de instancia, en el sexto de sus fundamentos jurídicos, el Decreto 97/1990 de la Junta de Andalucía es escasamente innovador, prácticamente una modesta aplicación de las normas estatales preexistentes a las que suple en algún vacío; pero, con independencia de la inseguridad que introduce y de lo difícil que resulta basar la exclusión del informe preceptivo del Consejo de Estado en criterios cuantitativos sobre el alcance de la ejecución o desarrollo, tal conclusión sólo puede resultar explicable por el análisis fragmentario que de la norma impone la propia impugnación en primera instancia, no si se efectúa una consideración conjunta de la misma como corresponde al informe del Consejo de Estado. En efecto, si se admite procedente la calificación de los establecimientos de óptica como centros sanitarios (art. 1), escasa relevancia innovadora tiene el régimen al que les sujeta el artículo 3 del Decreto, que incorpora lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 14/1986 y 2 del Real Decreto 2177/1979, como igual consideración pueden merecer los artículos 4 y 5 del Decreto, sobre las funciones y titulación de los ópticos diplomados y requisitos de los establecimientos, en los que se advierte una correspondencia con los artículos 1 y 2 del Decreto 20 julio 1961; pero no ocurre lo mismo con el desarrollo ejecutivo de la regulación procedimental para las solicitudes de autorización administrativa de instalación de los establecimientos (arts. 8 a 13), ni con su régimen jurídico, caducidad e ineficacia y las medidas de suspensión y cierre que se prevén en el Decreto (arts. 14 a 18).

Procede, en consecuencia, acoger este motivo de casación al apreciarse vulneración de los artículos 22.3 y 23 LOCE.» *(Sentencia de 27 de noviembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8944.)*

II. ACTO ADMINISTRATIVO

1. *Naturaleza. Se niega el carácter de acto administrativo al dictado por la Presidenta de la Sociedad de Estiba y Desestiba conminando a determinadas empresas privadas para que se incorporen a la Sociedad Estatal.*

«El primer motivo de casación se articula en el artículo 95.1.1.º de la Ley de esta Jurisdicción, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, al rechazar la sentencia recurrida el conocimiento del recurso. Para llegar a esa conclusión el Tribunal Superior parte de que el acto recurrido consistía en una comunicación enviada por conducto notarial, de la Presidenta de la Junta del Puerto y Ría de Vigo, en la que se manifestaba que actuaba en calidad de Presidenta de la "Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Vigo, S.A.", en fase de constitución, y en la que después de exponer la situación creada tras el Decreto-Ley 2/1986, con el servicio público de estiba y desestiba de buques, se instaba a las entidades "Frigalsa" y "Eduardo Vieira, S.A.", para que concurrieran en determinadas fechas en las dependencias de la Junta del Puerto para representar a las respectivas sociedades en la suscripción de la participación de capital social de la sociedad estatal a constituir. Para la Sala de instancia se estaba ante un acto no administrativo, pues la comunicante al actuar como Presidenta de una Sociedad Estatal que encauza su actividad fuera del Derecho Administrativo, no ejercita potestades otorgadas por el Derecho Público, por más que con el acto se tratara de gestionar la aplicación de las normas como el Decreto-Ley 2/1986, pues la Presidenta de esa sociedad en formación, no tenía potestad para imponer su aplicación, porque no estaba actuando en su calidad de órgano administrativo.

La argumentación de la recurrente para este motivo está dirigida a probar la naturaleza administrativa del acto en cuestión. Parte de que el acto impugnado se produce en el marco de una actividad calificada como de servicio público esencial de titularidad estatal, según el artículo 1.º.1 del Decreto-Ley 2/1986, en el que se integran, mediante la creación de sociedades estatales, las empresas de estiba y desestiba, que estaban actuando como tales en el puerto respectivo, que devienen así en concesionarios *ex lege* del citado servicio público (arts. 2, 5, 8 y Disposición Transitoria 2.ª.1 del Decreto-Ley 2/1986), lo que las hace participar del ejercicio de competencias públicas en relación del servicio público de estiba y desestiba. Afirma que si bien el otorgamiento de la escritura de constitución, la confección de los estatutos y la aportación de capital social por los asociados son actividades mercantiles, los actos como el impugnado, calificables como prenegociales, tratándose de un contrato de sociedad celebrado por una Administración Pública, son actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo conforme al artículo 4.º.2 de la Ley de Contratos del Estado, ya que lo esencial es que intervenga un órgano público, en este caso la Junta de Obras del Puerto, y su directa vinculación al servicio público. Pero esa argumentación no es atendible, pues como bien dice el Ministerio Fiscal, parte del error inicial de sostener que en la comunicación interviene un órgano público, cuando no es así. El Estado intervendrá en la constitución de la Sociedad Estatal participando con más de un cincuenta por ciento en el capital social (art. 7.º.2 del Real Decreto-Ley), pero no lo hizo en la comunicación recurrida, ya que aunque el acto figurara en un papel timbrado con el membrete Junta del Puerto, y la comparecencia ante el Notario la hiciera la Presidenta de ese ente público, estaba claro porque así lo dice tajantemente y de un modo expreso la comunicación, que quien hacía la comunicación actuaba como Presidenta de la Sociedad Estatal que iba a constituirse; entidad que no es Administración Pública, según la Ley General Presupuestaria, artículo 6.º de la de 1977. Ello explica que al contestar la Administración al requerimiento judicial de remisión de expediente administrativo, durante el curso de las actuaciones procesales de la instancia, manifestara que no obraba en los ar-

chivos de la Junta del Puerto expediente en relación con la constitución de la Sociedad Estatal en cuestión, así como el modo o cauce utilizado para hacer llegar la comunicación a los destinatarios (por conducto notarial), que en absoluto se parece al que es propio de los actos administrativos. Y es que se convocaba para la constitución de una sociedad anónima, que es actuación regida por el Derecho Mercantil. Tampoco cabe afirmar, como hace asimismo la actora, que si bien la actuación para la que se convoca es de Derecho Privado, los actos previos que conducen a la constitución de la sociedad, están sujetos al Derecho Administrativo, pues falta el presupuesto inicial de que quien los realiza sea una Administración Pública, y además la reunión para la que se convocaba no iba a producir tampoco un acto de voluntad de la Administración, ni dar vida a un ente público administrativo. Se trataba simplemente de crear una sociedad conformada mercantilmente, la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba de Vigo. Y es que la recurrente incurre en el error de confundir la constitución de la Sociedad Estatal, que como Sociedad Anónima, supone una actuación mercantil, y la gestión del servicio público de estiba y desestiba, que es un estado o fase ulterior que se realizará mediante contrato con personas físicas o jurídicas en los términos de la Ley de Contratos del Estado, y con sujeción a las bases fijadas en la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno de 15 abril 1985. A ese segundo momento corresponden las consideraciones que hace la actora sobre el marco del servicio público en que se encuadraba el acto recurrido, que, en realidad, según lo dicho, pertenece al momento lógico anterior de la constitución de la sociedad; cuya pertenencia como socio de las actoras, habrá de influir en el contrato de gestión del servicio, bases 3.ª y 7.ª, 1 p.º y 21 K y m de la citada Orden Ministerial, pero sólo una vez que se constituya la sociedad, y de un modo mediato o indirecto respecto del servicio de estiba y desestiba, que, hay que insistir, no se presta por la Sociedad Estatal, llamada únicamente, en su caso, a proporcionar trabajadores a las personas físicas o jurídicas que inmediatamente prestarán el servicio. De ahí la imposibilidad de que la constitución de la sociedad, pueda configurarse, desde este punto de vista, como contrato administrativo.

En conclusión, respecto de este motivo, ni aparece actuando la Presidenta de la Junta de Obras del Puerto (entidad que sí es Administración Pública), pues interviene la Presidenta de una Sociedad Estatal en fase de constitución, cuyo régimen se regirá por el Derecho Mercantil, ni realiza una conminación al cumplimiento de una obligación de hacer, sino que se limita a indicar cuáles son las consecuencias del incumplimiento de una obligación impuesta por el Real Decreto-Ley 2/1986. Ni hay acto de voluntad, que trate de imponer una conducta, ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia del acto administrativo, junto a la utilización de potestades públicas, que tampoco se da, según se dijo.

No se trataba, pues, de una actividad a residenciar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y del artículo 6.º.1 de la Ley 62/1978, por lo que el motivo debe ser desestimado.» *(Sentencia de 4 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9046.)*

2. *Ejecución forzosa. Necesidad de acto administrativo previo de intimación. Ilegalidad del desalojo de artesanos de un mercadillo.*

«La Asociación actora apela en el presente proceso dicha Sentencia formulando tres pretensiones en torno a las cuales debe realizarse un estudio de las cuestiones que se plantean en Derecho en la presente apelación. Tales pretensiones son la declaración de nulidad de pleno derecho de las actuaciones administrativas, el reconocimiento del derecho al funcionamiento del mercadillo, y el otorgamiento de una indemnización de cien millones de pesetas como resarcimiento de daños.

Estas pretensiones reproducen, claro es, las formuladas ante el Tribunal de instancia y fueron las desestimadas por la Sentencia del mismo.

En cuanto a la primera de estas pretensiones la Sala no puede compartir el juicio del Tribunal de instancia de que existió un acto administrativo y éste fue conforme a Derecho. Por el contrario, se deduce de las actuaciones y no ha sido controvertido que la Policía Municipal desalojó por la fuerza a los artesanos que concurrían al mercadillo en las fechas de autos. Por lo demás, consta igualmente que la actuación de la Policía Municipal se amparaba sólo en una orden verbal del Concejal Presidente de la Junta de Distrito.

Es decir, no existió ningún acto administrativo y se actuó por la vía de hecho, vulnerándose así el artículo 100.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, a cuyo tenor la Administración no iniciará actuación material ninguna sin que se haya producido previamente el acto administrativo que le sirva de fundamento. Pues si bien es cierto que el precepto se refiere a actuaciones que limiten derechos subjetivos y en el caso de autos existía sólo una expectativa de derechos por encontrarse en curso un expediente de regularización, no es menos cierto que dicho precepto debe interpretarse extensivamente en el sentido de que toda actuación material de la Administración debe encontrarse basada en un acto administrativo, el cual a su vez debe fundamentarse en el ordenamiento jurídico.

Estamos, pues, ante una vía de hecho en la que se prescindió por completo del procedimiento establecido, se vulneró el principio de proporcionalidad o adecuación de medios a fines al recurrir al uso de la fuerza física, y se actuó sin requerimiento alguno a los artesanos, que sin duda creían estar en una situación jurídica regular al encontrarse en curso un expediente para normalizar el ejercicio de la actividad. A partir de ello se llega a la conclusión de que conforme al artículo 47.1.*c)* de la Ley de Procedimiento Administrativo procede declarar la nulidad de pleno derecho de tales actuaciones.

Para tal declaración no puede ser obstáculo la reglamentación contenida en la Ordenanza Municipal reguladora de la Venta en la Vía Pública y Espacios Abiertos, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en su sesión de 30 de abril de 1986. Ello es así sobre todo porque la Ordenanza y su contenido no pueden en modo alguno desvirtuar la prohibición general en nuestro ordenamiento de actuar por la vía de hecho. Pero además no puede argumentarse que en ningún caso podía existir derecho al funcionamiento del mercadillo al amparo de dicha Ordenanza. Pues un estudio atento de la misma muestra que la prohibición de instalar mercadillos (salvo los expresamente permitidos), que se contiene en su artículo 15, sólo afecta a los mercadillos "nuevos", sin que pueda considerarse como tal el de la Plaza de Santa Ana que se encontraba en funcionamiento. Además de ello, y éste es un dato esencial, el artículo 19 de la Ordenanza permite expresamente la instalación de mercadillos sectoriales, mencionando de modo específico los destinados a revitalizar la artesanía.

En consecuencia, habiéndose llegado a la conclusión de que procede declarar la nulidad de las actuaciones impugnadas, debe acogerse la pretensión de la entidad actora en este sentido en el presente proceso.

Las declaraciones hechas en el Fundamento de Derecho anterior suponen que la actuación correcta hubiera sido la de requerir por escrito y con las debidas garantías procedimentales a la Asociación actora para que se abstuviera de celebrar el mercadillo hasta que tuviese título habilitante para ello, tanto más cuanto que existía un expediente de regularización.

Pero ello no puede llevar a la conclusión de que la Asociación de Artesanos tuviera un derecho subjetivo a continuar en la ocupación privativa anormal del dominio público. Pues lo cierto es que, no existiendo licencia ni autorización ninguna por no haber terminado el procedimiento que se encontraba en curso, se realizaba la ocupación de la plaza a título de precario por mera tolerancia municipal.

Al respecto son decisivas dos consideraciones que deben hacerse sin detenerse por obvio en el carácter de bienes de dominio público destinados al uso público de las calles y plazas. En primer lugar, que a tenor de la normativa vigente no puede admitirse que se adquieran derechos sobre el dominio público por el ejercicio de actividades a título de precario, siendo indispensable un acto habilitante de la entidad

que ostenta la titularidad demanial. En segundo lugar, y en este sentido la Sala debe hacer suyos los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, que es de aplicación al supuesto el artículo 80.3 en relación con el 79 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 junio, el cual establece el carácter improrrogable de las concesiones o licencias para el disfrute de bienes de dominio público.

Por tanto, en modo alguno podía entenderse tácitamente prorrogada la licencia que se otorgó en 1982, por lo que la Agrupación artesanal tenía sólo un interés legítimo y una expectativa de derecho (tanto más cuanto que el expediente de regularización estaba en curso) que no se hubieran perfeccionado sino al adquirir el auténtico derecho subjetivo al obtener un acto municipal habilitante.

Ello debe declararse, desde luego, sin perjuicio de que la Asociación de Artesanos actora pueda instar del Ayuntamiento que se le otorgue la oportuna concesión o licencia de nuevo funcionamiento del mercadillo, al amparo del artículo 19 de la Ordenanza Municipal aplicable. Pues entiende la Sala que no se trataría ahora de una regularización sino de una nueva instalación dado el tiempo transcurrido.

En cuanto a la pretensión indemnizatoria la Sala ha de rechazarla igualmente teniendo en cuenta que se refiere al no funcionamiento del mercadillo. Pues ejerciéndose la actividad a título de precario y sin ostentar derecho alguno no puede apreciarse la existencia de lesión en los bienes y derechos de la Asociación actora.

Ello es cosa distinta, como declara acertadamente la Sentencia apelada, de la responsabilidad por los daños concretos eventualmente causados a las personas y a los bienes mediante la actuación de la Policía Municipal, a exigir por las vías conducentes a tal fin en Derecho y en su caso ante esta Jurisdicción, según las vías procedimentales y procesales pertinentes.» *(Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 9469.)*

III. Principio de legalidad

Discrecionalidad técnica. Comisiones administrativas. Carácter extraordinario de la revisión de sus decisiones. El enjuiciamiento de cuestiones jurídicas no amplía las facultades revisoras del Tribunal.

«La argumentación desarrollada por la Sala de instancia para fundamentar su decisión reitera anteriores pronunciamientos de la misma Sala en los que se parte de una doctrina general —que se refiere a las matizaciones que, según ella, deben introducirse en la jurisprudencia que señala que las resoluciones de los Tribunales calificadores de las pruebas de los concursos y oposiciones no son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa— y de otra específica, concretada al caso debatido.

Por lo que se refiere a la tesis general, la Sala de primera instancia afirma que la doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido de que solamente es aplicable cuando falte una prueba pericial practicada por profesionales de igual o superior titulación académica que la de los componentes del Tribunal calificador, prueba pericial que no sería precisa cuando las preguntas sobre las que se debate versan sobre cuestiones jurídicas, por entrar éstas dentro del ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales.

Tal como se plantea esta doctrina, la hemos rechazado en reciente Sentencia de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6601). Decíamos en ella que "por el contrario, cualquiera que sea la ciencia, saber o técnica que deban acreditar los partícipes en los concursos y oposiciones, sigue, en principio, con plena vigencia la reiterada jurisprudencia

sobre el particular, que encomienda en exclusiva la valoración a las Comisiones administrativas constituidas al efecto, a las que no pueden sustituir en cuanto a sus conclusiones valorativas los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, esta doctrina no tiene un valor tan absoluto que excluya cualquier tipo de matización. En este sentido, esta Sala, en algunas Sentencias, como las de 28 enero 1992 (RJ 1992, 110) y 23 febrero 1993 (RJ 1993, 4956), ha tratado de precisar hasta qué punto la tesis tradicional sobre la imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en el examen de las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos no admite fisura alguna. En las sentencias citadas nos hacíamos eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 noviembre 1991 (RJ 1991, 215), que aunque referida a las facultades de unas Comisiones administrativas de Reclamaciones previstas en el ámbito de las pruebas para el profesorado universitario, sin embargo llega a algunas conclusiones interesantes para resolver, con carácter de orientación general, el tema que nos ocupa. En dicha sentencia se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de aquellas Comisiones, a partir del dato de no considerarlas como un órgano técnico, lo que lleva a la sentencia a esforzarse en distinguir entre "el núcleo material de la decisión técnica", reservado en exclusiva a las comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien señalábamos también en nuestras sentencias cómo el esfuerzo dialéctico del Tribunal Constitucional al establecer aquella diferenciación concluía a la postre en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad.

Es cierto, por otra parte, que la doctrina jurisprudencial sobre los límites de los órganos jurisdiccionales para criticar las decisiones administrativas sobre pruebas selectivas ha hecho frecuente referencia a la falta en aquéllos de conocimientos específicos. Pero este fundamento no quiere decir que cuando concurra la presunción de este conocimiento, como acontece en el caso de las materias jurídicas, la aptitud para invalidar las decisiones de los órganos administrativos sea superior, ya que en definitiva las Comisiones se constituyen normalmente con una multiplicidad de procedencia en sus componentes, dirigida a establecer no solamente la objetividad e imparcialidad del conjunto, sino también el valor circunstancial que debe darse a cada una de las pruebas o ejercicios en función de la finalidad de selección, de modo que según las plazas que traten de cubrirse, la Comisión pueda considerar más o menos puntuales los diversos contenidos de las contestaciones, misión en la que no puede ser sustituido por ningún órgano ni administrativo ni jurisdiccional.

Todas estas consideraciones nos permiten aproximarnos a la idea de que —cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas— solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditada la solución errónea tenida por buena por la comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada.» *(Sentencia de 15 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9621.)*

IV. Dominio público

Afectación natural. Terrenos pantanosos desecados y convertidos en propiedad privada que vuelven a ser dominio público por afectación natural.

«Por razones jurídico-procesales debe analizarse, en primer lugar, el exceso en el ejercicio de la jurisdicción que atribuye a la sentencia apelada la representación procesal de la entidad recurrente "Cultivos Marinos del Norte, S.A.", como consecuencia de que, en su planteamiento argumental, conoce de cuestiones que están atribuidas a la jurisdicción civil, puesto que determinar, como hace el Tribunal *a quo*, sobre la titularidad de una propiedad privada, que formalmente viene calificada como tal por el Registro de la Propiedad, no es materia propia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, si es cierto que, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), a este orden jurisdiccional corresponde sólo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias, estando excluidas de su ámbito, según dispone el artículo 2.*a)* LJCA, las cuestiones de índole civil, como son, sin duda, las declaraciones relativas a la titularidad dominical —tanto la decisión sobre el carácter de dominio público como sobre la condición de propiedad privada de un bien—, también lo es, y ello constituye la razón del rechazo del motivo de apelación que se analiza, que, de acuerdo con los artículos 10.1 LOPJ y 4.1 LJCA, la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal, aunque su decisión no produzca efectos fuera del propio proceso en que se dicte y pueda ser revisada por la jurisdicción competente. Condición prejudicial que, indudablemente, tiene en el presente caso la cuestión abordada y limitadamente resuelta, a los solos efectos del propio proceso contencioso-administrativo en los fundamentos jurídicos 6, 7 y 9 de la sentencia apelada, sobre la recuperación del carácter demanial de, al menos, gran parte de los terrenos sobre los que se otorga la autorización administrativa impugnada, en virtud de Orden de 9 junio 1989 de la Consejería de Ganadería, Agricultura y Pesca de la Diputación Regional de Cantabria, y que se hace como mero presupuesto para decidir la cuestión administrativa, sin otra virtualidad que la de resolver el concreto litigio en el que se examina la legalidad de dicho acto administrativo, quedando imprejuzgada la definitiva titularidad dominical (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 marzo 1972 [Rj 1972, 1178], 8 febrero 1973 [RJ 1973, 504], 13 octubre y 4 diciembre 1981 [RJ 1981, 4141], 26 septiembre 1986 [RJ 1986, 5996] y 9 octubre 1989 [RJ 1989, 7338], entre otras muchas).

A los solos efectos prejudiciales ya mencionados, el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre la recuperación del carácter demanial de los terrenos afectados por la autorización originariamente impugnada no puede entenderse que infrinja los artículos 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, ni contradice la doctrina de este Tribunal de la sentencia invocada ni la de los dictámenes del Consejo de Estado, como sostienen los recurrentes. En efecto, la consideración histórica de los terrenos pantanosos como improductivos focos de infección explica que se permitiera y se incentivara su saneamiento, propiciando la Ley Cambó de 24 julio 1918 concesiones sobre estos terrenos que tenían por objeto variar su naturaleza a través de la desecación, convirtiéndolos en dominio privado del que realizaba su transformación, pero, con independencia de la revisión del criterio que inspiraba dicha legislación degradadora de las marismas desde la perspectiva de valores medioambientales que la propia Constitución impone (art. 45), desde las previsiones protectoras de

la propia Ley de Patrimonio del Estado (Decreto 1022/1964, de 15 abril), de las exigencias derivadas del artículo 132.2 de la Constitución Española y de la vigente Ley de Costas, Ley 22/1988, de 28 julio (arts. 8 y 9 y Disposiciones Transitorias y Sentencia del Tribunal Constitucional 149/191 [RTC 1991, 149]), es lo cierto que ni aun partiendo de dicha atribución dominical y del "*status* registral" que conforman los artículos 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria puede entenderse producida la vulneración del ordenamiento jurídico que aducen los recurrentes por la apreciación que realiza el Tribunal *a quo* de una afectación natural. En efecto, la existencia primaria del dominio público por naturaleza, como es el caso de la zona marítimo-terrestre, viene ligada a hechos naturales, pudiendo verse alterada su configuración como consecuencia de afectaciones o desafectaciones provocadas por fenómenos naturales, que es lo que precisamente entiende la Sala de primera instancia que se ha producido al señalar que "el terreno desecado al amparo de una concesión sobre marisma vuelve a recuperar su carácter marismeño, al verse inundado por las propias aguas, es la propia Ley quien une a este hecho físico la consecuencia jurídica de revertir al dominio público lo que en su día salió del mismo". Si a consecuencia de fenómenos naturales el mar avanza invadiendo propiedades colindantes con la zona marítimo-terrestre se produce *ope legis* una afectación determinante de su inclusión en el dominio público, en la medida en que el supuesto es incluible en las previsiones del artículo 132.2 de la Constitución Española y de los artículos 3 y 4 de la Ley de Costas.

Frente al criterio de las recurrentes, la prueba de reconocimiento judicial, que se practicó a solicitud del Abogado del Estado, conforme al artículo 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 74 LJCA, y cuyos resultados con los datos de la pleamar quedan reflejados en las actuaciones, permitió a los Magistrados que la realizaron comprobar directamente el encharcamiento generalizado de los terrenos objeto de la autorización administrativa, pudiendo la Sala llegar válidamente a la calificación prejudicial de los terrenos por la propia observación avalada, además, por los datos reflejados en el expediente administrativo de que se hace eco la resolución judicial en su fundamento 8, haciendo referencia a "la toma de agua del mar, por gravedad de modo natural", lo que indica la diferencia de cota, sujeta a la acción de las mareas. Sin que, por otra parte, para desvirtuar la valoración de dicha prueba, de especial relevancia e importancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 noviembre 1965 [RJ 1965, 5477]), las recurrentes en apelación hayan propuesto medios de prueba adecuados para acreditar una condición distinta de los terrenos, siendo, por tanto, su referencia a la necesidad de una prueba pericial que contraste la de reconocimiento judicial extemporánea y meramente retórica, ya que el órgano judicial no debía suplir la inactividad de las partes en orden a su propuesta.» *(Sentencia de 22 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 9687.)*

V. Administración Local

Alteración de términos municipales. Segregación de un Municipio para su ingreso en otra Comunidad Autónoma. Impugnación del acuerdo municipal solicitando la incorporación a Vizcaya. Naturaleza de dicho acto. Villaverde de Trucios.

«La parte apelante, Diputación Regional de Cantabria, reproduciendo en buena medida las alegaciones de la instancia, discrepa principalmente del fundamento quinto de la sentencia apelada, por estimar que el acuerdo impugnado vulnera el Estatuto de Autonomía de Cantabria en sus artículos 2 y 57, y que si bien no se trata aquí de una colisión de normas estatutarias, la alteración territorial produciría un

evidente menoscabo para la Comunidad Autónoma de Cantabria, refiriendo que si bien el Estatuto Cántabro no contiene un procedimiento específico de segregación, no por ello goza el artículo 8 del Estatuto Vasco de plena virtualidad para producir el cambio territorial, ya que corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria la regulación de la segregación de la parte del complejo de actos que podrían dar lugar al cambio territorial, y señalando, en fin, que el acuerdo impugnado supone una decisión contraria a otra adoptada hace siete años sin que las circunstancias hubiesen variado de forma que permitan el cambio de criterio y que menoscaba las competencias de la Comunidad Autónoma.

Las partes apeladas, en respuesta a las alegaciones de la parte apelada, además de abundar en los términos de la sentencia apelada, y reproducir la alegación de inadmisibilidad, por tratarse, según dicen, de un mero acto de trámite, aducen en síntesis: A) que sí que han cambiado las circunstancias al existir una norma, que le habilitaba, el Estatuto de Autonomía del País Vasco que es una parte del ordenamiento jurídico, dentro del paquete constitucional; B) que no existe la nulidad que refiere el artículo 47 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo, y C) que no existe menoscabo de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, pues el Ayuntamiento se ha limitado a solicitar la incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco, y esta mera solicitud no vulnera precepto alguno y no pasa de ser una mera expresión del derecho de petición contenido en el artículo 29 de la Constitución en relación con el artículo 77, y por ello, incluso se alega, por la representación de la Diputación Foral de Vizcaya, que es irrelevante polemizar sobre si debe o no reformarse el Estatuto de Cantabria para acceder a la petición.

Delimitada la litis, en los términos más atrás citados, procede, en primer lugar, rechazar las peticiones relativas a la inadmisibilidad del recurso amparadas en que se trata de un acto de trámite, pues aparte de que esa petición aparece expresamente desestimada en la sentencia apelada y al no haberse en ese particular apelado ha quedado firme, es lo cierto que si bien el acuerdo del Ayuntamiento de Villaverde de Trucios puede tener el carácter de acto de trámite, si se valora dentro del complejo procedimiento en que se produce, no hay que olvidar que, al tiempo y por sí solo, tiene entidad suficiente para ser susceptible de impugnación, pues se trata de un acto definitivo de una corporación local que expresa una decisión o deseo de esa corporación, que además de que en buena medida le puede afectar en el futuro, es actuación necesaria para el inicio del complejo procedimiento de incorporación a otra Comunidad que lleva obviamente implícita la necesidad de la oportuna segregación y, por tanto, por su carácter de acto definitivo para la corporación local y, al tiempo, de acto necesario para el inicio del procedimiento complejo de segregación y agregación, tiene autonomía suficiente para su impugnación, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción.

En base a lo dispuesto, entre otros, en los artículos 29, 140 y 147 de la Constitución y artículo 8 del Estatuto del País Vasco, y a la vista de que el Ayuntamiento de Villaverde de Trucios se limitó, previa la declaración de urgencia y con el *quorum* exigido, a usar el trámite que al respecto dispone el artículo 8 del Estatuto del País Vasco y solicitar su agregación a la citada Comunidad, hay que estimar que el citado Ayuntamiento ajustó su actuación a lo dispuesto en el ordenamiento, pues si el artículo 147 citado, además de declarar que el Estado reconocerá y amparará a los Estatutos de cada Comunidad Autónoma como parte integrante de su ordenamiento jurídico, dispone que uno de los contenidos de los Estatutos es la delimitación de su territorio, y a continuación se refiere al procedimiento para la reforma de los Estatutos, es claro que a partir de esos presupuestos hay que aceptar como permitida, *ab initio*, por la Constitución la actuación relativa al cambio en la delimitación del territorio de una Comunidad Autónoma, como la de Cantabria, como así en buena medida las partes lo aceptan, e incluso lo ha desarrollado la Sentencia del Tribunal Constitucional número 99/1986 (RTC 1986, 99), y si además de ello el artículo 8 del Estatuto del País Vasco, que es norma integrada en el ordenamiento, dispone un trámite para la incorporación a su Comunidad, que exige un acuerdo de la corpora-

ción local afectada, es claro también que por ello se ha de estimar que el Ayuntamiento de Villaverde de Trucios se limitó a cumplir lo dispuesto en una norma vigente, y lo hizo por el procedimiento al efecto establecido, sin que desde esta perspectiva quepa hacerle ningún reproche, máxime cuando la propia Comunidad Autónoma de Cantabria reconoce que no existe trámite ni prohibición alguna al respecto y cuando hace siete años, que fue cuando la parte apelante refiere que adoptó una decisión contraria, no existía la posibilidad legal que ahora se le ofrecía.

La alegación relativa a que el acuerdo del Ayuntamiento de Villaverde de Trucios menoscaba las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria y vulnera lo dispuesto en los artículos 2 y 57 del Estatuto de Cantabria y que ciertamente constituye la cuestión de fondo del recurso, hay también que rechazarla, en congruencia con lo antes expuesto, pues el Ayuntamiento en su acuerdo se ha limitado a exponer su opinión o deseo, en materia que, además de no prohibida, es susceptible de la oportuna reforma, artículo 147 de la Constitución, y ha utilizado el cauce o trámite dispuesto en una norma inserta en el Ordenamiento, artículo 8 del Estatuto del País Vasco, y siendo ello así no se puede aceptar, como se pretende, que haya menoscabo la competencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, pues ha actuado en su propio nombre y al margen por tanto de lo que pueda y debe acordar la Comunidad Autónoma de Cantabria en defensa de sus intereses, y además ese acuerdo, aunque con evidente autonomía, como se ha referido, es un acto inicial de un procedimiento complejo de segregación y agregación, que no resuelve ni prejuzga la solución final, ni incluso la decisión de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y, por tanto, mal se puede entender que afecta a lo dispuesto en los artículos 2 y 57 del Estatuto de Cantabria, pues esa afectación, vulneración o alteración se produciría, en su caso, por la decisión final, y sobre ella ni se pronuncia el Ayuntamiento de Villaverde de Trucios —que se limita a iniciar el expediente— ni tiene competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de la Constitución e incluso al amparo del artículo 8 del Estatuto del País Vasco.» *(Sentencia de 29 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 9544.)*

VI. Libertades públicas

Derecho al cargo. Artículo 23.2 CE. Consejo de RTVE. Voto particular.

«El motivo casacional único, rigurosamente construido, se articula en cuatro capítulos argumentales: *a)* en el primero de ellos, cuyo contenido general se enuncia en su rúbrica, se propone la tesis de que "Los actos objeto de recurso, que sin duda infringen normas de legalidad ordinaria, en realidad impiden, obstaculizan y limitan el ejercicio de las funciones encomendadas a los miembros del Consejo de RTVE"; *b)* el segundo, que es el fundamental, desde la perspectiva argumental de la sentencia recurrida, versa "Sobre el ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución: el Estado y los Entes territoriales"; *c)* el tercero trata "De la naturaleza jurídica de Radiotelevisión Española"; *d)* y el cuarto argumenta "Sobre la naturaleza jurídica de los miembros del Consejo de Administración de RTVE".

Digamos, en una primera apreciación global de los razonamientos del recurrente, que no nos ofrece duda alguna la caracterización de derecho público tanto del Ente Público RTVE como de su Consejo de Administración y de sus miembros, e incluso, avanzando un paso más, que no dudamos tampoco de la neta significación como cargos públicos de los de dichos miembros, pues así se infiere con claridad de lo dispuesto en la Ley 4/1980, de 10 enero, que aprueba el Estatuto de la Radio y Televisión, compartiendo por tanto en un todo los argumentos de los recurrentes contenidos en los apartados 3.º y 4.º de su escrito, a los que acabamos de hacer mención global.

Debe reconocerse igualmente que en el supuesto, cuestionado, de que los cargos de miembros del Consejo de Administración de RTVE se debieran considerar como cargos públicos de los aludidos en el artículo 23.2 CE, el ejercicio efectivo de los mismos debiera considerarse integrado en ese mismo derecho fundamental, que no puede considerarse reducido a sólo el acceso al cargo, siendo en tal hipótesis trasladable a ese ejercicio la jurisprudencia invocada por los recurrentes (Sentencias de la extinguida Sala 5.ª de 9 abril y 15 septiembre 1987 [RJ 1987, 2873 y 6010], a las que pudieran añadirse otras), pese a que los cargos públicos a los que esas sentencias se refieren, como indican los propios recurrentes, sean otros; pero en todo caso existiría entre los casos decididos por dichas sentencias y el actual la identidad sustancial de que, si el acceso al cargo público concernido merece la tutela constitucional del artículo 23.2, la extensión de esa cobertura al ejercicio debe ser del mismo signo en todos los cargos incluibles en el artículo 23.2.

La cuestión, pues, se limita a examinar y decidir si los concretos cargos, cuyo efectivo ejercicio se trata de defender en este proceso, pueden considerarse o no incluidos en el artículo 23.2 CE, lo que la sentencia recurrida, como se acaba de ver, niega.

Para decidir tal cuestión, hemos de atenernos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, como lo define el artículo 1.º de su Ley Orgánica reguladora (LO 2/1979), y cuya doctrina definitoria del alcance de los derechos fundamentales necesariamente nos vincula, según lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985). No se trata en este caso de la interpretación de preceptos de legalidad ordinaria, en la que, según la potestad que nos reconoce el artículo 123.1 CE, podríamos tener un margen de holgura mayor, sino que la cuestión se centra en el marco específico sobre el que versa la más clara función constitucional del Tribunal de ese nombre, en el que por tanto, ante una doctrina inequívoca del mismo, no nos queda margen posible de rectificación de dicha doctrina o de separación de la que ya tiene pronunciada, debiendo limitarse nuestra función a constatar la existencia de dicha doctrina y a aplicarla.

Es rechazable la alternativa teórica de que nuestra interpretación del artículo 23 CE pueda ser más amplia que la del Tribunal Constitucional, en el sentido de que, abordando por nuestra parte una interpretación propia de dicho precepto, pudiéramos llegar a entender que el elenco de cargos incluibles en la tutela de ese artículo puede ser más extenso que el reconocido en la doctrina del Tribunal Constitucional. Aparte de que esa posibilidad teórica de autonomía interpretativa, disidente de la doctrina del Tribunal Constitucional, viene cerrada en línea de principio por la exigencia de nuestra sumisión a la Ley (art. 117.1 CE) y a partir de ella, y en concreto en este caso, a la del artículo 5.º de la LOPJ, sería fuente de una disfuncionalidad de difícil, cuando no imposible, corrección. Si concedemos nuestra tutela, en tanto que derechos a cargos incluibles en el artículo 23.2 CE, a los que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no son susceptibles de esa inclusión, lógicamente los legitimados para el amparo constitucional, al tener satisfecho el que consideran su derecho, no acudirían a éste, con lo que esa hipotética proclamación, ampliatoria de la del Tribunal Constitucional, en sede de jurisdicción ordinaria, abriría una línea distinta de definición del derecho constitucional, no compatible con la del Tribunal Constitucional y no corregible por éste, pues estaría lógicamente cerrado el único cauce, el del recurso de amparo, por el que éste pudiera enjuiciar nuestra interpretación del precepto constitucional cuestionado.

El único cauce de corrección posible de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 23.2, y su definición de los cargos públicos incluibles en él, si es que esa corrección es posible y hacedera, se abre, por el contrario, mediante la estricta sumisión de nuestro propio pronunciamiento a la doctrina constitucional precedente, solución que, en el caso de desestimar la pretensión actora, como de inmediato razonaremos, deja expedita la posibilidad del recurso de amparo, por cuyo medio el recurrente puede someter al Tribunal Constitucional la posi-

bilidad de la corrección de su doctrina precedente, si es que llegara a entender que la definición del cargo público referido en el artículo 23.2 CE, y proclamada en sus fallos anteriores, resulta en exceso restringida, por dejar fuera de ella cargos que tal vez pudieran considerarse incluidos en el precepto referido. Sólo así se evita la disfuncionalidad antes aludida, posibilitando la unidad del sistema.

Conviene destacar en cuanto al cargo aquí cuestionado, y antes de cerrar este apartado, que cualquiera que sea la caracterización pública del mismo, e incluso su neto significado político, lo que ya antes hemos aceptado, y que parecen obvios en cargos elegidos por los representantes de la soberanía nacional, y mediante mayorías calificadas (art. 7 de la Ley 4/1980) no se trata de cargos establecidos en la Constitución, sino de inequívoca creación legal, no se trata de cargos elegidos por sufragio universal, pues no es el pueblo directamente el que los elige, sino el colegio de sus representantes, y no se trata de cargos funcionariales, sino de cargos políticos, no pudiendo ser encuadrados en la definición legal de funcionario público, del artículo 1.º del Texto Refundido de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964.

Es ya el momento de examinar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.2 CE, que es el derecho que los recurrentes estiman violado.

Al respecto son especialmente ilustrativas las Sentencias 23/1984, de 20 febrero; la 71/1989, de 20 abril [RTC 1989, 71]; 212/1993, de 28 junio [RTC 1993, 212], y 80/1994, de 14 marzo [RTC 1994, 80], así como el Auto número 942/1985, de 18 diciembre, evidenciadores de una doctrina consolidada, que nos impide considerar incluidas en el artículo 23.2 funciones o cargos diferentes de los aludidos en aquélla.

Bueno es reproducir aquí lo que sobre el alcance del artículo 23.2 se dice en la última de las sentencias citadas, que reitera la doctrina de las precedentes:

"Comenzando por el examen del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2, es necesario recordar que este Tribunal ha declarado que en este precepto, que distingue entre 'funciones' y 'cargos públicos', se reconoce de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales y, de otro, dos derechos —sufragio activo y pasivo— que enmarcan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (STC 1989, 71). Del primero de los dos derechos hemos dicho que el artículo 23.2 comprende, no sólo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (SSTC 192/1991 [RTC 1991, 192], 200/1991 [RTC 1991, 200] y 212/1993 [RTC 1993, 212], entre otras). Del derecho a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución —Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias— (STC 23/1984). Añadiendo, a continuación, que el artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que —art. 1.2— la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado.

En la STC 212/1993 señalamos que la vinculación del derecho de acceso a 'cargos públicos' con el concepto de representatividad política derivada de la interpretación del artículo 23.2 en conexión con el artículo 23.1 (SSTC 23/1984, 32/1985 [RTC 1985, 32], 149/1988 [RTC 1988, 149] y 71/1989 y AATC 837/1985 y 880/1985) nos ha llevado a concluir que en nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 CE, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto vienen dados por dos de los elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares ('los ciudadanos'), de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no en favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente por el contenido del mismo, de la situación jurídica subjetiva enunciada, que, dejando de lado la participación 'directa' irrelevante para el supuesto actual, se enuncia como derecho a par-

ticipar 'por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal' (ATC 942/1985)."

Y sobre la interconexión entre el apartado 2 del artículo 23 y el 1, como clave éste para la determinación del alcance de aquél, cuando de la definición de "cargos públicos" se trata, es asimismo conveniente ceder de nuevo la palabra al Tribunal Constitucional en su STC 71/1989, F. 3.º:

"Estos dos últimos derechos se presuponen mutuamente, existiendo entre ellos tan íntima relación que no es excesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, pero ello no quiere decir que se manifiesten tan absolutamente fusionados que no sea posible conceptuarlos, dentro de la intensa interdependencia que los caracteriza, como derechos susceptibles de tratamiento autónomo en el que pueden aislarse lesiones que afecten, a los efectos del recurso de amparo, tan sólo a uno de ellos, pues así lo permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos hace el artículo 23 de la Constitución, garante en su número 1 del derecho de participar en los asuntos públicos, aparte de poder hacerlo directamente en los supuestos que proceda, mediante representantes libremente elegidos —derecho electoral activo— y en su número 2 del derecho de acceder a cargos públicos como tales representantes —derecho electoral pasivo—."

Se marca en el pasaje transcrito la íntima relación entre los dos apartados del artículo 23, que es lo que cuenta para la identificación objetiva de los cargos públicos aludidos en el apartado 2, y el posible tratamiento autónomo de dichos dos apartados con la posibilidad de que las violaciones de cada uno de ellos puedan aislarse.

Encontrándonos, como es aquí el caso, en trance de decidir sobre la identidad del cargo, en cuanto protegible ex artículo 23, es claro que es la íntima relación, a la que se refiere la sentencia, lo que nos interesa, y que para esa definición es intrascendente el aislamiento posible de las lesiones a los apartados 1 ó 2.

Por último, en la cita jurisprudencial que nos ocupa, es fundamental la del Auto 942/1985, en el que se declaró la inadmisibilidad de un recurso de amparo contra la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y en el que, entre otras razones para ella, que no hacen aquí al caso, se examinaba la posible inclusión de tales "cargos públicos" en el artículo 23.1 CE, y se decía, para negarla:

"En nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto, vienen dados, por lo que aquí importa, por dos elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares ('los ciudadanos'), de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no en favor de cualesquiera categorías de persona (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente por el contenido del mismo de la situación jurídica subjetiva enunciada que —dejando de lado la participación 'directa'— irrelevante para el supuesto actual se enuncia como derecho a participar 'por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal'. Estas proposiciones parecen claras en cuanto al carácter del derecho declarado: Sólo cuando la participación lo sea a través de 'representantes' (y en orden a la noción de 'representación' empleada por la norma fue concluyente la Sentencia 10/1983 [RTC 1983, 10], en su fundamento jurídico 2.º) y cuando —en coherencia con la titularidad difundida del derecho— la elección de éstos se realice mediante 'sufragio universal' (en cualquier ámbito territorial) estaremos en el objeto del artículo 23.1 de la Constitución. Fuera de este punto quedarían, pues, cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en nuestro ordenamiento."

Llegados a este punto, si el contenido del artículo 23.2, en cuanto a la definición del "cargo público", debe integrarse con el del número 1 del propio precepto, si ello

determina, como uno de los perfiles de configuración del cargo concernido, la necesidad del elemento de que se acceda a él por elección por sufragio universal, y si por falta de este elemento el Tribunal Constitucional no consideró incluible en el artículo 23.1 CE el cargo de vocal del Consejo General del Poder Judicial, cargo que está establecido directamente en la Constitución, en su artículo 122.3, y es de directa designación por las Cámaras legislativas, es lógico concluir que el cargo de miembro del Consejo de Administración del Ente Público Radio Televisión, de simple creación legal, cualquiera que sea la enjundia de su significación política, y cuyo órgano elector es el mismo que el de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, no puede merecer una calificación constitucional ex artículo 23.2 CE que se le negó a éstos.

Lo contrario sería apartarnos de la doctrina constitucional referida, lo que no nos corresponde.

Evidentemente, si el cargo en sí no es susceptible de la tutela del artículo 23.2, el hecho de que se cuestionen las trabas a su ejercicio, que es lo propio de este proceso, no puede reclamar la inclusión en ese marco constitucional, pues la tutela del ejercicio es tan sólo un componente complementario, del derecho de acceso al cargo, al que no se le pueda dar autonomía conceptual, para incluirlo en un marco constitucional, en el que el cargo mismo no tiene cabida.

Ha de concluirse, por lo expuesto, que la sentencia recurrida es totalmente adecuada a derecho, y que el motivo casacional no desvirtúa su fundamentación, debiéndose así desestimar dicho motivo y consecuentemente declarar no haber lugar al recurso de casación, con imposición de las costas del mismo a los recurrentes, según lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley Jurisdiccional.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Ramón Trillo Torres a la Sentencia de fecha 23 de noviembre de 1995, dictada en el Recurso de casación 6244/1993.

«Mi disconformidad con el voto mayoritario tiene por motivo su argumentación sobre los efectos que respecto a este proceso extrae el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cita y la obligación que el artículo mencionado impone a los Jueces y Tribunales de interpretar los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, impide que este Tribunal Supremo ampare a los apelantes, llegando incluso a afirmar que al tomar esta decisión posibilita que sea el propio Tribunal Constitucional quien extienda los límites del artículo 23 a extremos que hasta ahora no ha considerado comprendidos en él, posibilidad que estaría vedada a la jurisdicción ordinaria.

La tesis no la considero acertada. A mi entender, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un texto que permita una interpretación unívoca sino que —como acontece con cualquier precepto legal— es necesario encajarlo en el sistema preexistente al que se incorpora, de modo que al mismo tiempo que lo innova, sin embargo no afecte a sus líneas básicas, lo que por otra parte es tanto más predicable de un precepto que tiene por finalidad específica inocular con la máxima eficacia el acatamiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico.

En esta dirección cabe indicar que la norma no hace distinción sobre el valor de las diversas resoluciones que dicte el Tribunal Constitucional ni tampoco establece diferencia alguna por el hecho de que se dicten en procesos de diferente naturaleza ("en todo tipo de proceso"). Sin embargo, dada la diferente finalidad y regulación procesal que se hace de las funciones que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional, surgen del propio texto de aquélla distinciones importantes sobre el ám-

bito, potestades y eficacia de cada una de ellas que no se deben desconocer al aplicar el referido artículo 5.

El artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional declara a este intérprete supremo de la Constitución, circunstancia que sin duda concurre en el mismo, aunque no mediara la declaración legal expresa, pero que no había sido recogida en el texto constitucional, en el que dicha supremacía es precisa inferirla de las competencias que le otorgan los artículos 161 y 163 y de los efectos de sus sentencias expresados en el artículo 164.

La diferencia de naturaleza en cuanto a estos efectos, prevista constitucionalmente, es el punto de partida del diferente carácter con que pienso que ha de entenderse la vinculación que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los órganos de la jurisdicción ordinaria, con respecto a las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma con rango formal de Ley tiene eficacia *erga omnes*, afectando incluso a la jurisprudencia que se hubiera producido en interpretación de la norma anulada, expresándose aquí con plenitud la calidad del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, en cuanto su potestad domina incluso a la del poder legislativo, siendo por eso la vinculación a que en estos casos están sometidos los tribunales ordinarios sustancialmente identificable con la que se deriva de su sumisión al principio de legalidad.

Otro caso es el de las sentencias que se dictan por el Tribunal Constitucional en vía de recurso de amparo: al ser su contenido la estimación o desestimación subjetiva de un derecho, la consecución implícita en el texto constitucional es la de que su eficacia se limite al proceso en que haya sido dictada.

Siendo ésta la situación escueta que se desprende del artículo 164 de la Constitución, es necesario apreciar el valor que respecto a la misma pueda considerarse añadido por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No cabe, a mi modo de ver, que a igual que las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, las de amparo se consideren incorporadas por virtud de este precepto al sistema de fuentes del Derecho, como ocurre con aquéllas, siquiera normalmente lo hagan a través de la técnica de la legislación negativa. En efecto, si bien tanto en unas como en otras el fundamento de la potestad del Tribunal Constitucional se ubica directa e inmediatamente en la circunstancia de que aplica la Constitución, sin embargo el soporte procesal sobre el que se hace esta aplicación es completamente diverso, desde el punto de vista de la valoración jurídica: disposiciones emanadas del poder legislativo en el primer caso, conflictos de intereses particulares en el segundo, limitados, además, al amparo de las violaciones de los Derechos y Libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución.

Creo que la infungibilidad de ambos supuestos nos obliga a matizar las consecuencias que deben extraerse del mandato del artículo 5 de la LOTC y esta matización no es otra que la de afirmar que lo que este precepto añade expresamente es que, aparte de los efectos propios y peculiares de las sentencias que pronuncia el Tribunal Constitucional en cualquier tipo de procesos, sus argumentaciones dirigidas a interpretar las normas constitucionales tienen el valor de una jurisprudencia, la jurisprudencia constitucional, que en cuanto complemento de la Constitución (art. 1.6 del Código Civil) tiene el valor máximo que a esta suprema norma corresponde dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, ante esta jurisprudencia pienso que también debe ser particularizada la posición del juez ordinario, como lo son sus potestades ante ambos supuestos de procesos constitucionales. En el de inconstitucionalidad, su función sólo es meramente colaboradora, mediante el planteamiento de la pertinente cuestión, sin que en ningún caso tenga capacidad decisoria para hacer una declaración de aquella índole, al ser competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, que es el juez natural de los juicios de constitucionalidad. No es ésta, sin embargo, la posición del juez ordinario en los procesos en los que se pretenda una declaración de

que a la parte le ha sido vulnerado un derecho fundamental de los que son objeto de la tutela privilegiada del artículo 53.2 de la Constitución. En este caso, el juez natural de protección de estos derechos son los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, teniendo carácter subsidiario la función del Tribunal Constitucional en el doble sentido de que el proceso ante el mismo requiere el previo agotamiento de la vía judicial ordinaria y el que su potestad viene definida por el hecho de que en ella no se hubiera amparado el derecho fundamental invocado. Este dato jurídico es importante, porque a diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cumple una estricta función unificadora, lo que explica que la legitimación para acudir a la casación se otorgue a cualquiera de las partes, incluso a la que se opone al amparo concedido en la instancia, sin embargo esta función aparece con mucha menos intensidad en los recursos de amparo constitucional, como lo acredita que, como principio general, si éste es concedido por el juez ordinario no habría lugar a acudir al proceso constitucional, con la salvedad, por supuesto, de que al concederlo se hubiera agraviado otro derecho fundamental o el de otra persona. Creo que esto demuestra que el ámbito propio de la vinculación de la jurisdicción ordinaria a la constitucional que puede predicarse en materia de derechos fundamentales es la de que, sin perjuicio de la inspiración general que debe recibirse de la misma por su calidad jurisprudencial, sin embargo a lo que estrictamente vincula es a no hacer una interpretación más restrictiva del contenido de los derechos fundamentales que la que haya realizado el Tribunal Constitucional, pero que es poder propio de los jueces ordinarios la eventual ampliación casuística de esta interpretación, que, en principio, solamente sería controlable por aquél en el caso de lesionar esta interpretación algún otro derecho fundamental. En este sentido, es perfectamente asumible en el plano teórico que algún derecho fundamental no hubiese accedido nunca a examen del Tribunal Constitucional, por haber sido siempre amparado a satisfacción de los interesados, sin que el que se reputase agraviado por el amparo concedido pudiera legitimar por una finalidad de unificación de doctrina acudir a que el Tribunal Constitucional definiese los límites del derecho.

La sentencia que sustenta el voto mayoritario no solamente niega esta potestad de los jueces ordinarios al conocer procesos de derechos fundamentales, sino que además manifiesta la funcionalidad para el sistema de la decisión de denegar al amparo, al señalar que así se ofrece al Tribunal Constitucional la oportunidad de fijar si es extensible a este caso la protección del artículo 23.2 de la Constitución.

Con el obvio respeto a su importante argumentación, considero, no obstante, que la conclusión a que llega es errónea, porque entiendo que da lugar a una inhibición de la jurisdicción ordinaria en orden a asumir con plenitud una competencia que le corresponde por mandato constitucional y que no violenta en absoluto el contenido del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Aplicando la doctrina que sostengo al litigio que ha sido sentenciado conforme al voto mayoritario, creo que la Sala debió de aceptar con el valor de una premisa la constatación de que hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 23.2 protege el acceso y ejercicio de sus funciones por parte de los funcionarios públicos y en cuanto a los cargos públicos, la expresión la ha referido a las de representación política territorial.

Pero asumida esta premisa, en vez de darle directa e inmediata eficacia resolutoria, entiendo que la Sala pudo y debió apreciar que la jurisprudencia reseñada ha dejado entre ambos supuestos una zona intermedia, que con arreglo a ella no estaría comprendida en el precepto, la de los cargos públicos no calificables como de representación política de los entes territoriales, que sin embargo desempeñan también funciones públicas. Pues bien, atendiendo a la existencia de éste en cierto modo vacío de protección constitucional, el Tribunal Supremo, en su calidad de juez constitucional ordinario, considero que teniendo en cuenta la peculiaridad de las funciones encomendadas a los vocales del Consejo de Administración de TVE y al origen parlamentario de su designación, debió iniciar casuísticamente la cobertura por el artículo 23 de esa zona intermedia, admitiendo que en sede constitucional

se pueda impedir la obstrucción al ejercicio de sus funciones, si bien esto como mero presupuesto del juicio posterior sobre si en este caso la obstrucción denunciada ha existido realmente o si ha llegado a tener el alcance e intensidad suficiente para calificarla como vulneración de un derecho fundamental.

Por último quiero dejar indicado que me parece excesiva la fuerza de convicción y precedente fundamental que se da en la sentencia al Auto 942/1985 del Tribunal Constitucional. Aparte de su rango inferior al de una sentencia, es importante señalar que el razonamiento que de él se transcribe es un *obiter dicta* sobre un tema en el que en realidad lo debatido era un derecho de sufragio.» *(Sentencia de 23 de noviembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8860.)*

VII. SANCIÓN

1. *Potestad sancionadora. De Colegio Profesional. Revisión de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, aun existiendo identidad de sujeto y hechos, al no haberse tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional una determinada disposición normativa aplicable al caso. Tipificación de la infracción por acuerdo colegial. Voto particular.*

«La Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, por Acuerdo de 4 noviembre 1986, impuso a la farmacéutica recurrente la sanción de amonestación pública, mediante publicación en el Tablón de Anuncios, como autora de una falta prevista en el artículo 43.3) del Reglamento Colegial, al haberse acreditado que había abierto su oficina de farmacia el día 6 de agosto de 1984, fecha en la que debería haber permanecido cerrada, con arreglo al turno de vacaciones aprobado por el Colegio, reprochándole el incumplimiento de este acuerdo colegial "en perjuicio de los restantes compañeros de profesión, lo que evidentemente confirma la comisión de la falta deontológica que ha dado lugar a la instrucción del expediente".

Confirmada la resolución sancionadora en la vía administrativa, sin embargo la Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma, basándose en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 junio 1992 (RTC 1992, 93), que respecto a otra sanción impuesta a la misma demandante por incumplimiento del turno de vacaciones, estimó el amparo promovido, al entender que había sido vulnerado el artículo 25.1 de la Constitución.

Contra la sentencia de instancia se ha formulado recurso de casación —acogido al art. 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción— fundado en que la Sala no ha tenido en cuenta que una Orden del Ministerio de Sanidad, de 17 enero 1980, otorga a los Colegios Farmacéuticos la facultad de la ordenación farmacéutica, determinando en su artículo 7.º que "ordenarán, con carácter general y/o especial, los horarios de servicio público de las Oficinas de Farmacia, los turnos de guardia y servicios de urgencia y los de vacaciones", facultad ordenadora cuya legalidad ha sido reconocida expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 1986 (RJ 1986, 4365).

Así planteado el debate, sus términos se reconducen, inicialmente, a fijar el efecto que sobre su decisión deba tener la citada sentencia del Tribunal Constitucional, a la vista de dos concretas circunstancias: primera, la plena identidad jurídica entre el caso en que prosperó el amparo y el que ahora se somete a nuestra consideración; segunda, que el Tribunal Constitucional no había aludido en su argumentación a la Orden de 17 enero 1980, a pesar de la posible incidencia de la misma en los razonamientos sobre los que había fundado su decisión de amparo.

Por lo que se refiere a la primera de dichas circunstancias, es de observar que en

el expediente administrativo sobre el que versaba el amparo constitucional, la conducta de la señora V. se había tipificado también como una falta leve de infracción del régimen de turnos, descrita en el artículo 43.*e)* del Reglamento del Colegio de Madrid, artículo que la sentencia constitucional considera como un mero reflejo casuístico de la fórmula legal establecida por la Base XXVI del Estatuto General de los Colegios Farmacéuticos, aprobado por Orden Ministerial de 28 septiembre 1934, que tipifica como falta leve "el incumplimiento de los preceptos reglamentarios que no entrañen perjuicio moral o material", si bien con la específica indicación de que el Estatuto asimila el término "preceptos reglamentarios" con el de "acuerdos de los Colegios", respecto a los cuales señala que pueden legítimamente garantizar "el servicio público mediante los correspondientes turnos de guardia", por venir autorizados a ello en el artículo 3.*h)* del Reglamento del Consejo General de Colegios Farmacéuticos, aprobado por Orden del Ministerio de la Gobernación de 16 mayo 1957.

Pues bien, sobre este panorama normativo, el Tribunal Constitucional afirma su tesis favorable al amparo, articulándola sobre las siguientes proposiciones: primera, que el Estatuto de 1934, por su vigencia preconstitucional, tiene rango formal suficiente para cumplir la exigencia del principio de legalidad de las infracciones administrativas, proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución, calidad jurídica que sin embargo no es predicable del Reglamento del Colegio de Madrid, por estar reservada la regulación del régimen disciplinario de los profesionales a los Estatutos Generales, mientras que los particulares se ven reducidos simplemente a regular el funcionamiento del Colegio correspondiente (art. 6.º de la Ley de Colegios Profesionales); que también es suficiente la tipificación descrita en la Base XXVI del Reglamento de 1934, entendida como norma sancionadora en blanco, lo que obliga a someter a estrictos límites constitucionales las disposiciones que resulten necesarias para integrar la previsión legal sancionadora; tercero, que es correcto reconocer el valor integrado del presupuesto de hecho de la sanción a los acuerdos colegiales adoptados para garantizar la prestación del servicio público, siempre que su adopción sea competencia del Colegio que toma el acuerdo, como acontece en la fijación de los turnos de guardia, cuya competencia les atribuye el artículo citado del Reglamento de 1957 y que al tener por finalidad el abastecimiento de las medicinas a la población, su infracción afecta a la deontología profesional, por lo que la publicidad y concreción normalmente exigible en la descripción de las conductas sancionales se amortigua en cuanto su exteriorización formal, al tratarse de comportamientos cuya ilicitud es sobradamente previsible para el profesional del arte de que se trate en cada caso; cuarto, que la fijación del turno de vacaciones, con el efecto de obligar al cierre de la Oficina en determinadas fechas ni es competencia atribuida a los Colegios, por no ser un supuesto equiparable a la facultad de ordenar los turnos de guardia, ni, por otra parte, cabe aceptar que su cumplimiento forme parte de la deontología profesional de los farmacéuticos, pues su finalidad es exclusivamente la de atender al equilibrio económico de los colegiados.

En la argumentación del Tribunal Constitucional que hemos dejado resumida, llama la atención que se haya omitido cualquier referencia a la Orden de 17 enero 1980, a pesar de que se afirma que la fijación del turno de vacaciones no es una competencia atribuida a los Colegios, por no ser éste un supuesto equiparable a la facultad de ordenar los turnos de guardia.

Siendo evidente la imposibilidad de identificar jurídicamente ambos supuestos, sin embargo no es de ningún modo admisible la tesis de que los Colegios carecen de la potestad de fijar los turnos de vacaciones. La vigencia y aptitud de la Orden Ministerial de 17 enero 1980 para otorgar a los Colegios esta competencia ha sido fijada por este Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 18 abril 1986, con criterio aceptado expresamente en la de 30 mayo 1994 (RJ 1994, 4474). La constatación jurisprudencial de que forma parte con arreglo a derechos del ordenamiento jurídico, nos obliga a tenerla en cuenta para valorar la actuación administrativa que se enjuicia, con independencia de que no haya sido ponderada expresamente al decidir so-

bre el amparo constitucional, porque esta omisión no obsta a su válida y eficaz existencia jurídica, fijada por el órgano jurisdiccional superior del orden contencioso-administrativo, en el ejercicio de la atribución constitucional de controlar la potestad reglamentaria (arts. 106.1 y 123.1 de la Constitución).

Sobre estos dos presupuestos, constituidos por la suficiencia de la norma tipificadora en blanco y la que dota de competencia específica al Colegio para fijar los turnos de vacaciones, debemos examinar si la conducta de la señora V. R. es calificable con arreglo a aquélla, partiendo del hecho aceptado de que efectivamente incumplió el turno que le correspondía, en cuanto al cierre de su Oficina.

En la mencionada Sentencia de 30 mayo 1994, el Tribunal Supremo ha señalado cómo las dificultades comienzan cuando se trata de apreciar si la tipificación de la falta, descendiendo a los máximos niveles de concreción, se había hecho adecuadamente, al no existir un precepto con rango de ley que haya declarado infracción administrativa el incumplimiento de los acuerdos de los Colegios de Farmacéuticos relativos a turnos de vacaciones, tanto si se trata del supuesto de incumplirlos, cerrando la farmacia cuando debía permanecer abierta, como si se trata del caso inverso, es decir, de la apertura de la farmacia, cuando según el turno correspondiente debía encontrarse cerrada al público.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo respondió afirmativamente a la cuestión, partiendo de que la relación jurídica existente entre los Colegios profesionales y sus miembros o colegiados, tiene la naturaleza propia de la supremacía especial.

Señalaba a continuación, la sentencia, que la aplicación de la teoría relativa a las relaciones especiales de sujeción ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias de 21 diciembre 1989 [RTC 1989, 219], 29 marzo 1990 [RTC 1990, 61], 10 diciembre 1991 [RTC 1991, 234] y 28 febrero 1994 [RTC 1994, 62]), afirmándose que la primera de ellas de modo expreso que el alcance de la reserva de Ley consagrada en el artículo 25 de la Constitución, pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, si bien declara que incluso en el seno de dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva de los derechos fundamentales que consagra la Constitución. Dicha sentencia constitucional establece también que en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial, la remisión a los acuerdos de las Juntas definidores de los deberes relacionados con la profesión ha de considerarse plenamente admisible, añadiendo, por último, que ante la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve que las normas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, concluyendo, el Tribunal Constitucional, con el aserto de que sin perjuicio de la conveniencia de que los órganos competentes refuercen el nivel de previsibilidad del ordenamiento disciplinario corporativo, la aplicación de normas aprobadas por acuerdos de las Juntas para calificar como infracción las conductas no vulnera el principio de reserva de ley en la materia que se establece en el artículo 25.1 de la Constitución.

Sobre estos antecedentes de jurisprudencia constitucional la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo 1994 dice, literalmente, que "la conclusión que se deriva de ello es desde luego que no puede entenderse aplicable a la relación que se estudia en el artículo 25.1 del Texto Constitucional, en el sentido de exigir que se haga por Ley la última concreción del tipo de infracción, ya que aquel precepto se refiere a las infracciones y sanciones que existen como consecuencia de una relación de supremacía general y no de supremacía especial, con la correlativa situación especial de sujeción. Así hay que entenderlo en este caso, como se ha entendido en otros análogos, al aprobar normas sin rango de Ley que tipificaban infracciones y sanciones en el ámbito de un colegio profesional, como sucede en el caso del Estatuto de la Abogacía. Por otra parte, ésta es la interpretación común en nuestro Derecho a propósito de relaciones especiales de sujeción, como la propia de los funcionarios públicos, en la que no se exige ley para la última tipificación de la conducta considerada como infracción disciplinaria.

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

De ahí se sigue que debe entenderse válidamente ejercida la potestad disciplinaria por el Colegio profesional en el caso de autos. Se ha producido en el supuesto el incumplimiento de un acuerdo colegial adoptado en el uso legítimo de las potestades públicas otorgadas al Colegio para velar por el interés público, no siendo obstáculo para que esto sea una realidad que concurra en el uso de estas potestades la persecución de los intereses públicos con otras finalidades instrumentales, como la de que haya un titulado al frente de la Farmacia e incluso el equilibrio del interés económico de los colegiados. Pues lo cierto es que resulta una característica típica de los colegios profesionales en nuestro Derecho que se superpongan intereses públicos y privados, lo que sin duda ha sido querido o consentido por el legislador, debiendo atender esta Jurisdicción a la protección del interés público, el cual exige, como repetidamente se ha dicho, llevar a cabo una interpretación extensiva de las potestades disciplinarias de los Colegios".

En los tres últimos párrafos del fundamento jurídico anterior hemos reproducido en sus términos literales el final de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo 1994, porque en ésta vamos a modificar la doctrina en ella mantenida, como ya lo hicimos en la de 17 octubre 1995 (RJ 1995, 7796), en la que, sin embargo, la *ratio decidendi* del cambio la determinó la interpretación que entendíamos que debía prevalecer de la norma tipificadora que en los casos resueltos por ambas sentencias había sido invocada —la Base del Estatuto General de los Colegios de Farmacéuticos—, que en la de 17 octubre entendimos en el sentido de que el "perjuicio moral o material para la colectividad" exigido para integrar el tipo debía referirse exclusivamente a los receptores del servicio sanitario, perjuicio que consideramos que no se habría originado por el hecho de abrir la farmacia en fecha que, por turno de vacaciones, debería haber permanecido cerrada.

Pero al tratarse este proceso de una sanción leve, tipificada solamente en función del incumplimiento de los acuerdos colegiales y salvando el obstáculo de la competencia colegial en materia de turnos de guardia, como hemos señalado con anterioridad, debemos examinar si el acuerdo colegial es suficiente, desde el punto de vista del artículo 25.1 de la Constitución, para completar la norma en blanco de la Base XXVI del Estatuto.

Una primera afirmación, soporte de nuestra posterior argumentación, es que ratificamos plenamente, en cuanto a los principios generales, la doctrina mantenida en la Sentencia de 30 mayo 1994, en el doble sentido de que la relación de los profesionales liberales con el respectivo Colegio tiene la naturaleza de sujeción especial y que el sistema disciplinario en este tipo de relaciones permite un margen amplio a la hora de ser completada la previsión contenida en la Ley, mediante normas reglamentarias o acuerdos de la propia Corporación. Pero es precisamente el límite de esta posibilidad general el punto en que iniciamos la discrepancia, referida al caso concreto que enjuiciamos.

La sentencia comentada del Tribunal Constitucional, dictada para una sanción idéntica, no se detiene especialmente en el tema de los requisitos que deben cumplir los reglamentos, en orden a su suficiencia jurídica para describir infracciones disciplinarias, en aras del principio de legalidad, pero sí insiste en que al no merecer los acuerdos colegiales la calificación de disposiciones generales ni estar sometidas al régimen general de elaboración y publicidad de éstas, su aptitud para completar los tipos disciplinarios contenidos en las normas con rango formal de Ley o —como ahora ocurre— en disposiciones reglamentarias preconstitucionales, debe entenderse limitada a los supuestos en que por afectar la infracción a la deontología profesional, el incumplimiento del acuerdo supone un comportamiento cuya ilicitud es sobradamente previsible para el profesional del arte de que se trate en cada caso.

Ahora bien, entendemos que este concepto deontología no puede desconectarse

del interés público en función del cual se le otorgan potestades disciplinarias a las organizaciones colegiales ni dicho interés público es, en principio, otro que el servicio que los profesionales presentan a la comunidad, aun cuando la afectación de los comportamientos profesionales al mismo la debamos entender en un sentido amplio.

Sobre estas coordenadas, se puede concluir que a falta de una disposición general con rango bastante para sancionar la apertura de las Oficinas de Farmacia en tiempo de vacaciones, la demandante ha incurrido en incumplimiento del acuerdo colegial, del que se derivaba su obligación de cerrar la Farmacia en la fecha en que la mantuvo abierta, cometiendo así el tipo sancionador previsto en la Base XXVI de los Estatutos, en el supuesto de que pudiera considerarse integrado por el acuerdo colegial sobre turnos de vacaciones, adaptado por el Colegio de Farmacéuticos de Madrid en lícito ejercicio de sus competencias. Sin embargo, la dificultad de calificar la conducta descrita como afectante a la deontología profesional, según los límites que de la misma hemos reseñado, sobre las consecuencias del principio de legalidad de las infracciones administrativas proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución, es lo que a su vez trae como consecuencia que, sin perjuicio de la proclamada vigencia de la Orden Ministerial de 17 enero 1980, no obstante no haya sido infringida por la Sala de instancia, al anular la sanción a que había sido impuesta la recurrente.

Al no estimarse procedente ningún motivo de casación, debemos imponer las costas a la parte recurrente.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado del Tribunal Supremo Mariano Baena del Alcázar a la Sentencia de 4 diciembre 1995, dictada en el recurso de casación número 902/1993, interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 octubre 1992, dictada en el Recurso 2359/1987, sobre sanción de amonestación pública, al que se adhieren los Magistrados don Jaime Ruanet Moscardó y don José M.ª Ruiz-Jarabo Ferrán.

«Mi disentimiento, salvando por supuesto el respeto que me merece el voto mayoritario, está referido exclusivamente al Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Pleno de la Sala, que entiendo contiene la razón de decidir de dicha Sentencia.

Esta razón de decidir se refiere al límite de la posibilidad de que, en la relación de los profesionales liberales con su respectivo Colegio y en el ejercicio por éste de la potestad disciplinaria, se completen mediante normas reglamentarias o acuerdos de la propia Corporación los últimos grados del tipo de las infracciones y sanciones. En concreto, se mantiene en aquel Fundamento de Derecho que la aptitud para completar los tipos disciplinarios debe entenderse limitada a los supuestos en los cuales la infracción afecta a la deontología profesional, que al parecer se pretende limitar a su conexión con el interés público, el cual se identifica a su vez con el servicio que los profesionales prestan a la comunidad.

Frente a esta doctrina, que intenta seguir fielmente la contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 junio 1991 dictada en amparo, es mi parecer que deben mantenerse las declaraciones de las Sentencias de este Tribunal Supremo de 18 abril 1986 y 30 mayo 1994. La doctrina de las mencionadas sentencias es acorde con la interpretación de conjunto que debe darse en nuestro ordenamiento jurídico a los principios de jerarquía normativa y de tipicidad de las infracciones y sanciones en el seno de las relaciones especiales de sujeción. Hago esta consideración teniendo en cuenta desde luego la a su vez necesaria interpretación conjunta del artículo 164.1, inciso final, de la Constitución en relación con el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respecto a los efectos del recurso de amparo.

Pues el planteamiento del problema que se examina en el presente recurso se encuentra influido notablemente por la aplicación de la Orden de 17 enero 1980 que atribuía a los Colegios Oficiales de Farmacéuticos competencia para la fijación, no sólo de los turnos de guardia de las farmacias sino también de los turnos de vacaciones, Orden ésta a la que se omite toda referencia en la antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional.

A la vista de ello, y partiendo de la plena vigencia de esta Orden, que como se deduce de su fecha es postconstitucional, adquiere un notable relieve la relación entre la normativa general aplicable a los Colegios profesionales, la misma Orden que acaba de mencionarse, el Estatuto de los Colegios de Farmacéuticos aprobado por Orden Ministerial de 28 septiembre 1934, y el Reglamento del Colegio de Farmacéuticos de Madrid, fundamento jurídico inmediato de la sanción de amonestación impuesta.

El pronunciamiento sobre la debida jerarquía normativa y sobre la sujeción a las normas reglamentarias de los actos de poder de los Colegios profesionales corresponde a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto se trate de enjuiciar la legalidad de los reglamentos y la válida sujeción a los mismos de los actos concretos dictados por los Colegios. Ello sucede también desde luego si la normativa anterior disciplina las conductas en el seno de la relación especial de poder y la correlativa de sujeción que se da entre los Colegios profesionales y sus miembros. Se trata de una cuestión que afecta con carácter general a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, sin perjuicio de que por el Tribunal Constitucional se cumplan las altas misiones que le han sido encomendadas por la propia Constitución y por su Ley Orgánica.

Ciertamente, la sentencia de la que se disiente no contradice de manera frontal este principio, si bien lo debilita al declarar siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que la última concreción de los tipos de las infracciones y sanciones sólo puede efectuarse con fundamento en la deontología profesional, único extremo que se entiende relacionado con el interés público, como se ha dicho antes.

Pero ha de considerarse que en el caso de autos la conducta que fue objeto de sanción no sólo constituía un incumplimiento de las normas que se contienen en el Reglamento de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Madrid, sino también de la mencionada Orden de 17 enero 1980. La desobediencia a las órdenes impartidas por el Colegio en uso de las potestades que le otorga esta norma reglamentaria, desobediencia que constituye una infracción según reconoce la misma Sentencia, se encuentra tipificada por las normas que consideran conducta infractora el incumplimiento de los preceptos reglamentarios, en concreto por la Base XXVI del Estatuto General de los Colegios de Farmacéuticos. Sin que pueda caber duda de que existe una correlación entre esta infracción tipificada y la sanción corporativa de amonestación.

Cuanto se viene diciendo no contradice de manera frontal las declaraciones de la sentencia de la cual se disiente, pero entiendo que supone un encuadramiento distinto del problema. En efecto, como se ha dicho más arriba, la última razón de decidir de la sentencia es que la concreción inferior del tipo de las infracciones (para la cual se reconoce la aptitud de los Colegios profesionales) no puede ejercerse válidamente más que si la infracción afecta a la deontología profesional. Se excluye así de esta potestad a los demás supuestos a que puede referirse la potestad disciplinaria, entre ellos el de evitar una competencia desleal entre los colegiados y mantener el equilibrio económico entre los mismos.

Ahora bien, esto supone desconocer la regulación de carácter general de los Colegios profesionales en nuestro Derecho, en virtud de la cual resultan publicados no sólo los intereses de la colectividad en el correcto ejercicio de la profesión, sino también los intereses profesionales de los colegiados mismos. Esto es, guste o no y no se trata de entrar aquí en consideraciones de política legislativa, lo que se deduce de la legislación sobre Colegios profesionales, tanto la de carácter general como la específicamente aplicable a los Colegios de Farmacéuticos.

Así, el artículo 1.º.3 de la Ley sobre Colegios Profesionales 2/1974, de 13 febrero (que no debe olvidarse fue adaptada a la Constitución ya promulgada pero aún no vigente por la Ley 74/1978, de 26 diciembre), declara que son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

La misma Ley, en los apartados *i)* y *k)* de su artículo 5, declara que corresponde a los Colegios profesionales en su ámbito territorial el ejercicio de las funciones de: "*i)* ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares, y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial". Además de ello se establece que corresponde a los Colegios: "*k)* procurar la armonía y colaboración entre los colegiados, impidiendo la competencia desleal entre los mismos".

Los preceptos citados deben ser interpretados conjuntamente, de donde se deduce que al defender los intereses de los profesionales los Colegios no hacen más que cumplir los fines que les atribuye la ley, y que, dada la necesaria conexión entre los dos apartados del artículo 5 que antes se transcriben, el ejercicio de la potestad disciplinaria no se refiere sólo a la ética y dignidad profesional, en definitiva a la deontología, sino también a la colaboración entre los colegiados para impedir una competencia desleal. Desde luego en este marco de la Ley reguladora de los Colegios Profesionales hay que entender en este momento, por la coherencia derivada de la necesaria interpretación integradora, la Base III del Estatuto de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos aprobado por Orden de 28 septiembre 1934. Esta Base declara que la colegiación tiene por objeto entre otros, según su apartado *c)*, "favorecer la unión y el apoyo mutuo". Desde luego esta unión y este apoyo mutuo son un interés profesional específico de los colegiados, con el que hay que relacionar obligadamente la función de los Colegios profesionales de evitar la competencia desleal. No es ajeno por tanto al ámbito de los intereses colectivos o de los intereses públicos procurar el mantenimiento del equilibrio económico entre los colegiados, pues lo contrario supondría dar facilidades para la competencia desleal.

Habida cuenta de que en el supuesto estudiado el incumplimiento de la Orden de 17 enero 1980 y del Reglamento del Colegio de Madrid respecto al turno de vacaciones consistía en mantener abierta la farmacia cuando debía haber permanecido cerrada, está fuera de duda que ello suponía una competencia desleal respecto a los demás colegiados, contraria desde luego a la unión y el apoyo mutuo entre ellos. Por tanto, entiendo que el establecimiento de la última concreción del tipo de la infracción en ejercicio de la potestad disciplinaria fue conforme a Derecho por deber referirse dicha potestad a los casos concretos en los cuales la conducta supone una competencia desleal.

Esta doctrina no se aparta de la contenida en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 30 mayo 1994, que sigue la manifestada en la Sentencia de 18 abril 1986, y que entiendo es acorde con la necesidad de hacer una interpretación extensiva de la potestad disciplinaria de los Colegios profesionales. Esta potestad es la única ejercida respecto a sus miembros y no debe ser minorada teniendo en cuenta las declaraciones generales de la Ley, con el riesgo de que conductas contrarias a la misma no puedan ser objeto de sanción ninguna.» *(Sentencia de 4 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 9679.)*

2. *Procedimiento sancionador. Transcurso del tiempo y caducidad. La inactividad de la Administración no produce la caducidad del expediente, dando lugar únicamente, en su caso, a la responsabilidad del funcionario.*

«Se alega también como infracción formal, que la duración del procedimiento sancionador ha excedido de los seis meses fijados como plazo máximo en el artículo

425.5 —hoy número 6 del mismo artículo—, lo que es evidente que ha ocurrido en el presente caso, por cuanto el Acuerdo de incoación del expediente disciplinario es de fecha 14 diciembre 1989 y la Resolución sancionando al recurrente la adopta la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 4 febrero 1991, aunque también es cierto que hubo numerosas vicisitudes durante la tramitación del procedimiento sancionador —propuesta de archivo, rechazo de la misma por la Comisión Disciplinaria, con reenvío al Instructor nuevamente para formular pliego de cargos, emisión de nuevas propuestas e informes, etc.—, habiéndose, además, interesado por la Comisión Disciplinaria del Instructor en oficio de 4 de julio de 1990 el cumplimiento de lo dispuesto en el antes citado número 5 del artículo 425, sobre dación de cuenta del estado de la tramitación del procedimiento sancionador, lo que no consta en el expediente que se cumpliera por el Instructor, pero, en cualquier caso, la irregularidad alegada no puede ser por sí sola causante de la nulidad del acuerdo final sancionador por supuesta caducidad del expediente, pues como ya hemos dicho en nuestras Sentencias de 9 julio 1993 (RJ 1993, 5767) y 14 julio y 28 septiembre de este año 1995 (RJ 1995, 6215) "la inactividad de la Administración no produce caducidad del expediente, dando lugar únicamente a la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario causante de la demora —art. 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, aplicable por razón del tiempo de los hechos—".» *(Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 9929.)*

VIII. Responsabilidad

1. *Lesión. Depresión producida en el recurrente al desestimarse su pretensión de cirugía estética para la recuperación de las heridas sufridas en un accidente. Prueba de los hechos y valoración del daño.*

«Se aduce en el último motivo de casación, esgrimido frente a la sentencia de instancia al amparo también de lo dispuesto por el artículo 95.1.4.º de la Ley de esta Jurisdicción, que la Sala ha infringido lo dispuesto por el artículo 74.2 de la Ley de esta Jurisdicción y la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de la antigua Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fecha 15 junio 1983 (RJ 1983, 3529), según la cual el principio de revelación de prueba conduce a tener como hechos probados los afirmados por el actor y aceptados o no negados por la parte demandada.

No es esta jurisprudencia sobre los efectos de la aceptación de hechos aplicable al supuesto enjuiciado porque, como se afirma al articular este motivo de casación, la Administración recurrida no admitió la existencia de los perjuicios, cuya reparación reclama el demandante. Precisamente por no haberse aceptado éstos por la Administración, se propuso por el demandante prueba pericial, consistente en que por un médico se informase acerca de la afectación psicológica producida por las cicatrices deformes tras la intervención quirúrgica que le había sido practicada, a lo que accedió la Sala de instancia si bien no se llevó a cabo con el argumento de que se había solicitado el último día del plazo probatorio y que, en su caso, la propia Sala, si lo estimaba necesario, haría uso para mejor proveer de la facultad conferida por el artículo 75.2 de la Ley de esta Jurisdicción.

En consecuencia, al admitirse en la instancia la prueba pericial propuesta, aunque no se practicase, se evidencia que la Sala no consideró que la Administración hubiese aceptado la existencia de los perjuicios, con lo que no ha vulnerado ni el precepto contenido en el artículo 74.2 de la Ley Jurisdiccional ni la doctrina invocada sobre la revelación de la prueba por conformidad en los hechos y sus efectos procesales, sin que, al no haberse fundado el recurso en la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales con indefensión para la parte, sea factible a

este Tribunal de Casación examinar y decidir tal cuestión, por lo que se debe desestimar el tercero y último de los motivos de casación invocados por el recurrente.

Al ser estimable el motivo de casación fundado en el defecto de lógica en que incurre el Tribunal de instancia, en contra de lo establecido por el artículo 1253 del Código Civil, al deducir que no se le causaron perjuicios al demandante a pesar de haber declarado probado que padece, como efecto de la intervención quirúrgica a que fue sometido "notables deformidades faciales", hemos de resolver sobre la pretensión al efecto formulada por el mismo en su demanda, lo que nos lleva a concretar los extremos y alcance de tal pretensión.

En primer lugar se ha de partir de la indeterminación cuantitativa de la indemnización pedida, al referirse la súplica de la demanda presentada en la instancia a "la cantidad que se estime adecuada en concepto de daños y perjuicios", relatando que, como consecuencia de las cicatrices faciales deformantes dejadas por la intervención quirúrgica, sufrió el demandante una fuerte depresión, según se recoge en los informes médicos obrantes en el expediente administrativo, y fue excluido, posteriormente, de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía por presentar dicha deformidad en cara y cuello, contra cuya decisión de exclusión ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo que se tramite en otro pleito.

En definitiva, los perjuicios que se reclaman en este proceso se concretan exclusivamente a la depresión psíquica causada por la deformidad física resultante de la intervención quirúrgica, ya que los derivados de la exclusión de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía son objeto de otro juicio. Aunque los informes médicos aportados por el interesado al expediente administrativo constituyan una prueba preconstituida, lo cierto es que su exactitud no fue cuestionada por la Administración demandada al formular sus alegaciones en la instancia, lo que, unido a la presunción de que las "claras y notables deformidades faciales" (según los hechos declarados probados por la Sala de instancia) han de causar al que las padece desasosiego, ansiedad, inquietud y angustia, demuestra la certeza de la depresión sufrida por el demandante, y este padecimiento psíquico se desencadenó por haber sido aquél dado de alta sin atender su petición de tratamiento de cirugía plástica, que la propia Sala de instancia obliga al Instituto Social de las Fuerzas Armadas a prestarle, por lo que estamos ante un daño antijurídico causado como consecuencia directa y exclusiva del acto declarado nulo por la sentencia recurrida, y, por consiguiente, debe ser reparado por la Administración demandada.

El demandante, ahora recurrente en casación, deja al criterio del Tribunal la fijación de la cantidad en que ha de ser indemnizado el mencionado perjuicio psíquico y moral, determinación que, como declaramos en nuestras Sentencias anteriormente citadas de 27 noviembre 1993 y 19 noviembre 1994, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (Sentencias de la Sección Primera de la Sala Tercera de fecha 1 diciembre 1989 [RJ 1989, 8992], de la Sección Segunda de la misma Sala de 4 abril 1989 y de la Sección Tercera de la propia Sala de 31 octubre 1990 [RJ 1990, 2808]), pero que habrá de consistir en una suma razonable, que, en este caso, debemos cifrar en setecientas cincuenta mil pesetas.» *(Sentencia de 2 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9878.)*

2. *Derivada de la anulación de un acto administrativo. Interpretación del artículo 40 de la LRJAE. Voto particular. Equiparación entre anulación de sanción administrativa y sentencia absolutoria en un proceso penal.*

«Los anteriores requisitos, exigidos por la doctrina jurisprudencial, en la constante interpretación de los artículos 106 de la Constitución Española y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que invoca el recurrente en su demanda

y que son ineludibles para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, no concurren en su totalidad en el presente caso y así se deduce de las siguientes consideraciones: 1.ª) Se trata, y ello es preciso destacarlo en primer término, como hizo el Informe del Consejo de Estado, de una cuestión que se centra específicamente en la interpretación del apartado 2.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ya citada. En este precepto, después de proclamarse que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, y siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa y de disponer que en todo caso el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, con relación a una persona o grupo de personas, se establece que "la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización". Lo que significa que no todo desacierto jurídico de la Administración determina que ésta incida en responsabilidad patrimonial, como ha venido siendo declarado por una reiterada doctrina jurisprudencial, cuestión que subraya el Alto Cuerpo Consultivo remitiéndose a una Sentencia de este Tribunal de 17 junio 1980 (RJ 1980, 2359). Pero desde la misma perspectiva hay que estimar que no está excluida la obligación de indemnizar siempre que concurren los requisitos generales establecidos en el apartado 1.º de dicho artículo 40 anteriormente transcrito y a los que ya nos hemos referido. Por lo que hay que entender con la doctrina invocada que la declaración legal transcrita literalmente significa que el párrafo estudiado, comprendido en el apartado 2 del artículo 40 de la Ley citada, quiere decir que se trata de un supuesto especial, que no puede ser asimilado al general, sin más, sino que exige particulares matizaciones, como se deduce de las expresiones "la simple anulación" y "no presupone". Por lo que es evidente que tal precepto no pretende exonerar a la Administración de responsabilidad por las consecuencias lesivas de los actos de anulación sino que persigue, tan sólo, una exigencia de mayor rigor en la determinación de las causas de la lesión, que en ningún caso podrán dejarse reducidas al simple hecho de la anulación, en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos, de las resoluciones administrativas. 2.ª) Sentada la anterior premisa resulta obvio que no puede aceptarse en el presente caso que la anulación, por el Tribunal Económico-Administrativo Central, del fallo dictado el 3 de diciembre de 1981, por el Tribunal Provincial de Contrabando de Cádiz, estimando los recursos interpuestos por "Almacenamientos de Alcoholes, SA", y por la "Alcoholera del Puerto, SA" —que ordenó devolver a las interesadas las cantidades ingresadas como multas y levantó el comiso del alcohol— fuera por sí misma causa suficiente y adecuada para dar lugar a la reclamación formulada sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios sobrevenidos. Por el contrario, el examen del expediente evidencia una correcta actuación administrativa, como ya destacó el Consejo de Estado, frente a las, a todas luces irregulares conductas de las empresas consignataria y depositaria del alcohol, conductas que originaron la iniciación primero y la tramitación posterior del procedimiento administrativo de contrabando hasta que recayó el acuerdo declarativo de la infracción, revocado posteriormente. La gravedad de la conducta de las sociedades recurrentes radicó fundamentalmente en declarar una mercancía distinta de la realmente importada. En efecto, la mercancía que se declaró, tanto en la licencia de importación como posteriormente "en el solicito de rápida retirada" ante la Aduana, fue alcohol etílico de melaza de caña desnaturalizada, cuando lo transportado en el Buque Stadt Essen era alcohol etílico rectificado de melazas, puro de 96,4 GLA a 15º C y que no había sido desnaturalizado estando totalmente limpio, según se acreditó en los análisis efectuados por el Laboratorio Central de Aduanas. Así resultó en efecto del informe emitido por este Laboratorio como resultado del análisis del contenido de las botellas entregadas a la Aduana en Algeciras por el Capitán del Buque y también en la documentación remitida por la Embajada de España en

La Haya, comprensiva de carta y certificados expedidos por la Sociedad "Panocean Tank Storage Limited" debidamente legalizados en la Aduana holandesa de Rotterdam, en los que se describe el alcohol de que se viene tratando como alcohol etílico de alta graduación. Esta actitud de las compañías mercantiles recurrentes determinó al Tribunal de Contrabando de Cádiz a acordar el comiso provisional del alcohol y a dictar posteriormente resolución, declarando cometida la infracción de contrabando y la responsabilidad subsidiaria de las empresas citadas imponiéndolas la correspondiente multa y el comiso definitivo de la mercancía. De todo lo cual —y en relación con la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto— deduce esta Sala que no existió relación de causalidad, en este caso, entre el daño o lesión sufrida por las compañías reclamantes y el funcionamiento de los servicios públicos, dada la actitud que observaron las citadas empresas, cuya influencia en el nexo causal fue decisiva para la producción del resultado.

Tampoco puede deducirse responsabilidad para la Administración por el hecho de que el Tribunal de Contrabando de Cádiz suspendiera la venta en pública subasta del alcohol aprehendido. Porque si bien es cierto que en primer término y a petición de parte interesada había acordado su venta en la forma expuesta para el día 30 de abril de 1982, y así lo había anunciado mediante el oportuno edicto, es de subrayar que se vio obligado el Tribunal a suspender tal acto, a instancias del Presidente del FORPPA, que también lo era de la Comisión Interministerial del Alcohol, quien dirigió el 29 de abril de 1982 un telegrama al Delegado de Hacienda y Presidente del Tribunal de Contrabando de Cádiz, en el que se daba por enterado del anuncio de la subasta y en el que reproducía el artículo 1.º del Real Decreto 1774/1981, de 3 agosto, a tenor del cual los alcoholes no vínicos de fabricación nacional, excepto los autorizados reglamentariamente y los procedentes de importación en sistema distinto al régimen de tráfico de perfeccionamiento activo, quedaban intervenidos y a disposición de la Comisión Interministerial del Alcohol. La suspensión de la subasta fue pues una medida acordada por la autoridad competente, consecuente, como ponía de relieve el Consejo de Estado, a las legalmente establecidas en defensa de los vinos nacionales y exclusivamente encaminadas a asegurar la fijación de los precios y el control en la venta de los alcoholes puros, que no implicó en el momento de ser adoptada ningún concreto sacrificio para las entidades reclamantes por cuanto traía su causa de un precepto que obligaba a todos los ciudadanos y que en el supuesto que se viene examinando correspondía a los términos en que estaba redactado el anuncio de la subasta. De todo lo cual resulta que quedaba totalmente excluida, en atención a las circunstancias expuestas, la responsabilidad de la Administración.

De todo lo cual se deduce que falta la antijuridicidad en el daño, entendida esta condición como la falta de obligación en el perjudicado de asumir y soportarlo, ya que de lo actuado resulta acreditado, como hemos venido insistiendo, que cuantos perjuicios reclaman las compañías mercantiles damnificadas no tuvieron otra motivación que la propia conducta de las mismas, conducta que, aun cuando estimara el Tribunal Económico-Administrativo Central que no era susceptible de tipificación entre los supuestos de contrabando, contiene elementos suficientes para calificarla como improcedente y contraria al deber de fidelidad que ha de observarse en las declaraciones que los particulares formulen ante las autoridades competentes, como acertadamente puso de relieve el dictamen del Consejo de Estado. Todo ello determina a esta Sala a desestimar las peticiones deducidas en la demanda y en sus escritos por las Sociedades "Almacenamiento de Alcoholes, SA", y "Alcoholera del Puerto, SA", cuyas reclamaciones no pueden prosperar al no concurrir los requisitos que la jurisprudencia ha definido para que pueda prosperar la acción de resarcimiento de daños contra la Administración del Estado, cuyos parámetros además de la realidad de un resultado exige la antijuridicidad de la lesión producida y que sea imputable a la Administración la conducta que lo origina. Por todo lo cual procede desestimar la demanda sin hacer expresa declaración respecto a las costas.»

VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. Luis Tejada González, al disentir de la Sentencia pronunciada por la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el procedimiento seguido ante la misma con el número 350/1994, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las Compañías Mercantiles «Almacenamiento de Alcohol, SA» y «Alcoholera del Puerto, SA».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia y se aceptan también los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo.

Planteado el tema de la forma expuesta en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia conviene subrayar, como cuestión previa, que si bien es obvio que la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de indemnizar hay que reconocer, como ya puso de relieve la Sentencia de esta Sala de 5 diciembre 1995 (RJ 1995, 9061), que en ocasiones no resulta fácil precisar los criterios en base a los cuales una determinada actividad, bien de la Administración, bien del propio interesado, pueda considerarse como la adecuada y única causa de la lesión patrimonial. Tales dificultades surgen del propio concepto de relación causal, que se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, porque cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, que pueden ser autónomos o dependientes entre sí unos de otros, dotados en su individualidad en mayor o menor medida de un cierto poder causal. El problema se reduce entonces a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante para producir el resultado final. Es decir, en fijar el hecho que constituye su única causa adecuada y eficiente, lo cual no es posible cuando, como ocurre en este caso, a la producción de un resultado lesivo determinado concurren varias causas referidas a actividades diferentes, tales como son la actividad de la Administración, por un lado, y la actitud de las empresas damnificadas por otro.

En efecto, no cabe prescindir en el caso, sometido a nuestro juicio, de un análisis sobre la actividad de la Administración por estimar que el error provocado por la conducta de las Compañías Mercantiles damnificadas es el verdadero causante de los daños producidos. La actividad de la Administración viene recogida y estudiada en la Resolución del Tribunal Administrativo Central, de 14 febrero 1986, que revocó el Acuerdo del Tribunal de Contrabando de Cádiz de 3 diciembre 1981. "La cuestión que este Tribunal [...] ha de estudiar y resolver (se declara en el segundo considerando) es la de si los hechos objeto del expediente son o no constitutivos de infracción de contrabando". Para resolverla, añade, "ha de partirse de la necesidad de dilucidar si el alcohol descargado del buque Stadt-Essen en el Puerto de Santa María era alcohol puro o alcohol desnaturalizado; y a tal efecto, ha de tenerse en cuenta que a los folios 10 y 11 del expediente figuran escritos dirigidos a la Administración de Aduanas por 'Alcoholera del Puerto, SA', y por 'Almacenamiento de Alcoholes, SA', en los que se hace referencia al alcohol transportado por el buque Stadt-Essen como alcohol desnaturalizado y que esta misma calificación es empleada en el 'solicito de rápida retirada', obrante al folio 13 del expediente, dirigido a la Administración de la Aduana del Puerto de Santa María y firmado por el representante de 'Almacenamiento de Alcoholes, SA', sin embargo, una apreciación conjunta de la prueba practicada lleva a la conclusión de que el alcohol transportado por el referido buque es alcohol puro". Así lo deduce de la prueba que en el mismo considerando analiza, entre la que está incluida los análisis realizados por el Laboratorio Central de Aduanas.

Después de fijada la anterior premisa y partiendo de la discordancia entre el alcohol declarado por las empresas y el verdaderamente transportado, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en el Cuarto Considerando, manifiesta que "tal discrepancia existente entre lo declarado por el consignatario del alcohol y el depositario del mismo en los documentos presentados ante la Aduana y el resultado de la prueba practicada no puede servir de fundamento para estimar cometida una infracción de contrabando, pues, en primer lugar, la mercancía no sólo ha sido presentada ante la Aduana del Puerto de Santa María sino que, previamente a la llegada al Puerto, se solicitó la autorización para su descarga, la rápida retirada del alcohol, y el depósito en los locales de Alcoholera del Puerto; en segundo término, tampoco cabe estimar, a los efectos del artículo 14 de la Ley de Contrabando 'ocultación o sustracción dolosa' de los géneros dentro del recinto aduanero, tanto por lo anteriormente dicho como por la circunstancia de que la descarga del alcohol y su traslado a los almacenes de 'Alcoholera del Puerto, SA', fueron intervenidos por fuerzas del Resguardo y por los funcionarios de aduanas; en tercer término, porque tampoco ha quedado probado en el expediente que el alcohol en cuestión, una vez depositado en los almacenes de la Sociedad últimamente citada, fuera extraído en todo o en parte, por lo que no cabe estimar cometida la infracción de contrabando a que se refiere el apartado 6.º de la Orden Ministerial 29 julio 1965, que califica como recinto aduanero los locales autorizados para el depósito de mercancías objeto de rápida retirada, tipificando como infracción de contrabando la extracción de las mercancías depositadas sin autorización de la Administración; y finalmente, y pese a ciertos indicios de obstruccionismo a la labor inspectora por parte del consignatario y del depositario del alcohol porque no ha quedado demostrado que se llevasen a cabo dentro de los almacenes otras manipulaciones o trasvases del género en cuestión que las ordenadas por los propios funcionarios de aduanas o autorizadas por éstos, por lo que —concluye el razonamiento— no resulta posible sancionar como contrabando hechos no probados que por otra parte no aparecen tipificados como infracción de esta naturaleza y sí como sancionables, de haberse producido, con arreglo a las Ordenanzas de Aduanas, conforme establece la citada Orden Ministerial 29 julio 1965".

De lo expuesto anteriormente se deduce que el Tribunal Económico-Administrativo Central, al estimar los recursos de alzada interpuestos por las Compañías damnificadas contra la decisión del Tribunal Provincial de Contrabando de Cádiz, declaró la inexistencia de la infracción de contrabando calificada por este último. Esta inexistencia obedecía a la falta de prueba de los hechos investigados y a que éstos no aparecían tipificados como infracción de contrabando. Si esto es así, habrá que concluir en el desacierto del pronunciamiento del Tribunal de Contrabando de Cádiz. Las infracciones administrativas, que se sancionan con medidas tan graves como la imposición de importantes multas y el comiso de las mercancías intervenidas, deben estar tipificadas en la Ley. El principio constitucional de legalidad influye decisivamente en el campo del derecho administrativo en tales supuestos. La antijuridicidad, por ello, aparece como un injusto típico. Sólo es punible, como autor de una infracción administrativa de contrabando, el que actúa típicamente por ser su conducta susceptible de ser subsumida en unos de los tipos que describe la Ley.

El derecho administrativo sancionador, que regula la imposición de graves sanciones en los casos que venimos analizando —las multas impuestas ascendían a más de 400.000.000 y se declaraba el comiso de una partida de alcohol cuyo importe ascendió a 97.872.968 ptas.— tiene que atemperarse al indicado principio de legalidad en materia de tipicidad, que exige una claridad indispensable. No basta con que la infracción administrativa de contrabando sea una acción antijurídica sino que en todo caso es preciso que sea una acción típica. Así lo exige el artículo 4.1 de la Ley de Contrabando, texto aprobado por Decreto 2166/1964, de 16 julio, al establecer que "son infracciones de contrabando las acciones u omisiones voluntarias tipificadas como tales en esta Ley". Precepto que tiene un indudable apoyo en el propio Texto Constitucional, cuyo artículo 25 expresa la idea de que sólo es penal o admi-

nistrativamente antijurídico lo que contradice el precepto punitivo previamente dictado. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

La inexistencia de la infracción de contrabando por las razones expresadas anteriormente, que determinó al Tribunal Económico-Administrativo Central a revocar la decisión del Tribunal Provincial de Cádiz, no puede servir de apoyo justificado y legal a la negativa de la Administración a resarcir los perjuicios causados, a pesar de la conducta de las Compañías damnificadas respecto a las declaraciones de sus representantes sobre la naturaleza del alcohol importado, por más que dicha conducta fuera improcedente y contraria al deber de fidelidad que ha de observarse en las declaraciones que los ciudadanos formulen ante las Autoridades competentes, como puso de manifiesto el dictamen del Consejo de Estado.

La Administración debía conocer que los hechos no eran típicos y no venían descritos en la Ley como infracción de contrabando. El comiso del alcohol, depositado en el Almacén de la Alcoholera del Puerto —que había sido arrendado por la sociedad consignataria— durante los años en que allí permaneció inmovilizado, era sumamente gravoso no sólo por las rentas devengadas sino porque, además, impedía su venta y reexportación. Desde el día 2 de abril de 1981, fecha en que el alcohol fue descargado, hasta el día 15 de septiembre de 1986, en que como consecuencia del acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, fue desprecintado y reexportado, la inmovilización de la partida produjo las mermas que fueron acreditadas en el proceso y una notoria devaluación en la mercancía. Daños todos ellos que son indemnizables a tenor de los artículos 106 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y en cuya producción concurrieron tanto la conducta del administrado —de la forma que se estudia en la sentencia— como la actividad de la Administración, al dictar una resolución (la del Tribunal Provincial de Contrabando de Cádiz) considerando unos hechos como constitutivos de una infracción de contrabando cuando lo cierto es que no eran susceptibles de dicha calificación al no ser típicos, por no estar descritos como tales en la Ley.

Lo anteriormente expuesto ha de tenerse en cuenta al interpretar el apartado segundo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, precepto que, si bien es cierto que ha permitido a la Jurisprudencia afirmar que no todo desacierto jurídico de la Administración hace a ésta responsable patrimonialmente, no excluye la obligación de indemnizar, siempre que concurran los requisitos generales que establece el apartado 1.º de dicho artículo —como concurre en el caso estudiado— y teniendo siempre en cuenta que para desencadenar la responsabilidad de la Administración "no es necesario que el daño sea debido exclusivamente a la actuación de la misma, cabiendo perfectamente que haya existido también alguna negligencia por parte del administrado, lo que da lugar a una concurrencia de culpas determinante de una moderación equitativa de la responsabilidad administrativa" (Sentencia de 28 noviembre 1988 [RJ 988, 9222], ratificada por las de 23 noviembre 1993 [RJ 1993, 10050], 18 noviembre 1994 [RJ 1994, 8833] y 4 octubre 1995 [RJ 1995, 7009]).

Ocurre, sin embargo, que la interpretación del párrafo 2.º del artículo 40 de la Ley citada, al que venimos refiriéndonos, ofrece a veces ciertas dificultades ya que no contiene la Ley ninguna prevención para determinar cuándo las resoluciones administrativas que se anulen bien en vía gubernativa o contenciosa presuponen el derecho a la indemnización. Esta laguna impone una interpretación teleológica del precepto para lo que es preciso investigar su *ratio legis*. La *vis ac potestas* de la norma se concentra en su *ratio*. Rige todavía el viejo aforismo *in casibus omissis deducenda est norma legis similibus*. La fijación del derecho, en abstracto o en concreto, por la autoridad social en sus leyes o por los particulares en la esfera de la autonomía de los actos jurídicos, presupone una formulación o expresión de la voluntad sujeta a las imperfecciones propias de todo lo humano y debe ser interpretado con la conveniente aptitud para que aquélla rinda el máximo de su potencialidad nor-

mativa y puedan entrar en juego no sólo su contenido literal y sus soluciones expresas, sino todo su contenido espiritual y sus soluciones latentes e implícitas. Si hay una identidad de *ratio* para supuestos diferentes tiene que haber una misma disciplina normativa, es decir, la Ley debe aplicarse no solamente a los casos previstos por la misma sino también aquellos otros que tengan idéntica razón legal, estén o no explícitos en la Ley y ello aparte de la interpretación extensiva.

La llamada identidad de razón es la base, según el Código Civil, de la analogía (art. 4), por lo que habrá que tener en cuenta los preceptos que en nuestro sistema positivo imponen la responsabilidad de la Administración al declararse que los hechos no son constitutivos de delito para concretar y fijar el significado y alcance de la responsabilidad patrimonial contemplada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando, como en este caso, se ha declarado que no existe infracción de contrabando. En tal sentido deben invocarse los artículos 960, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 293 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 121 de la propia Constitución. Si se dicta una sentencia absolutoria en el proceso penal, en virtud del recurso de revisión, los interesados en ella y sus herederos tienen derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, y, por identidad de razón, cuando una resolución administrativa como es la dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central, anula la de un Tribunal Provincial por estimar que no existe tipicidad para subsumir la conducta de determinadas empresas en la infracción de contrabando, se está declarando la inexistencia de dicha infracción administrativa, lo que, lógicamente, conlleva el deber de resarcir los daños causados.

Por las razones expuestas procede condenar a la Administración demandada a indemnizar a las entidades demandantes en el cincuenta por ciento de las cantidades reclamadas por rentas de almacenamiento, mermas y depreciación del alcohol inmovilizado, ya que la conducta de las Compañías damnificadas, al formular una declaración inveraz de las características del alcohol, es relevante para atemperar, en virtud del principio de compensación, la cuantía de la responsabilidad de la Administración, no siendo resarcibles, sin embargo, los relativos a los negocios jurídicos que las Compañías "Almacenamiento de Alcoholes" y "Alcoholera del Puerto, SA", realizaran entre sí y con los Bancos acreedores, para paliar la insolvencia de la primera y el impago de créditos y negocios otorgados, puesto que éstos no tienen su causa en la actuación de dicha Administración y, por consiguiente, respecto de ellos no concurre el requisito del nexo causal.

En definitiva, consideramos que la Administración del Estado ha de pagar a las entidades "Almacenamiento de Alcoholes, SA" y "Alcoholera del Puerto, SA", la suma total de setenta millones doscientas noventa y seis mil seiscientas ochenta y dos pesetas con sesenta y cuatro céntimos (70.296.682,64 ptas.) más los intereses legales de la misma desde la fecha que formularon a la Administración la petición de resarcimiento hasta su completo pago.» *(Sentencia de 8 de noviembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9958.)*

3. *Relación de causalidad. Doctrina de la causalidad adecuada. Se deniega la indemnización en caso de error en el contenido de un telegrama que comportó la alteración en la oferta por parte de un contratista que finalmente no obtuvo la adjudicación del contrato.*

«Constituye objeto del presente recurso la reclamación formulada por la Compañía Mercantil "Construcciones Pedro Méndez, SA", ante el Excmo. Sr. Ministro de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, en el escrito de fecha 18 de abril de 1991, en el que se hacía constar que con motivo de la resolución de la Mesa de Con-

tratación del Consejo Superior de Deportes publicada en el "Boletín Oficial del Estado", de 17 de noviembre de 1990, la entidad reclamante presentó oferta económica para la adjudicación de las obras de los módulos M-4 en el Instituto de Bachiller Marqués de Los Vélez, de Murcia, y M-4 Colegio Público Escuela Nueva de Fuente Alamo, también de Murcia. Que en cumplimiento del pliego de cláusulas administrativas particulares, que servían de base a la convocatoria, cursó notificación a dicho Consejo Superior de Deportes, dentro del plazo legal, mediante telegrama fechado en la Oficina de Correos y Telégrafos de Fuente Alamo el día 13 de diciembre de 1990, en cuyo telegrama se especificaba la intención de participar en la licitación para la adjudicación de las obras de los módulos anteriormente reseñados. Que con fecha 19 de diciembre la Mesa de Contratación adjudicó definitivamente a la empresa recurrente las obras del Módulo M-4 en el Colegio Público Escuela Nueva de Fuente Alamo (Murcia) en la cantidad de 129.950.000 ptas. Sin embargo, con esta misma fecha, se adjudicó a la Empresa "Ginés Navarro" las obras del Módulo M-4 relativas al Instituto de Bachiller Marqués de Los Vélez, en la cantidad de 130.629.210 ptas., argumentando que la empresa recurrente no había sido mencionada en la licitación a esta obra, en el telegrama cursado al Consejo Superior de Deportes. El párrafo omitido decía textualmente así: "módulo M-4 en el Instituto de Bachillerato Marqués de Los Vélez de Murcia". La omisión en el telegrama de la frase transcrita había producido un grave daño económico a la Sociedad "Construcciones Pedro Méndez, SA", derivado de la pérdida de adjudicación de una obra, de cuantía cercana a los 130.000.000 ptas., por lo que, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución Española y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, reclamaba dicha empresa del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones la indemnización de 19.492.500 ptas., cantidad en la que se valoraban los perjuicios, representando tal reclamación el 15%, como beneficio industrial del importe de la obra licitada. Emitido informe por el Consejo de Estado, con fecha 4 de junio de 1992, se estimó que los daños y perjuicios debían cifrarse en la cuantía del 1% del presupuesto ofertado, dando lugar en este sentido a la reclamación formulada por la citada Compañía Mercantil, de cuyo dictamen se apartó el Consejero señor V. M., quien estimó que faltaba nexo causal entre la remisión del telegrama y el resultado del concurso en base a lo cual —y a las consideraciones expuestas en su voto particular— llegaba a la conclusión de que debía desestimarse la reclamación interpuesta por "Construcciones Pedro Méndez, SA". El Consejo de Ministros en su reunión de 6 de noviembre de 1992 dictó resolución de conformidad con el voto particular aludido desestimando la reclamación de daños y perjuicios deducida por la mencionada Empresa.

Planteada la reclamación en los términos en que anteriormente ha sido expuesta es obvio que no debe prosperar por las siguientes razones: Es doctrina reiterada de este Tribunal que la responsabilidad patrimonial del Estado, regulada en los artículos 106 de la Constitución Española, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, queda configurada mediante el acreditamiento: *a)* De la efectiva realidad del daño; *b)* de una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión administrativa, y *c)* de la ausencia de fuerza mayor. De esta forma resulta que la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de resarcir dicho daño. Ello hace preciso analizar el problema de la relación de causalidad con arreglo a los criterios en atención a los cuales pueda afirmarse que una determinada actividad, en este caso la actividad administrativa del Servicio de Telégrafos, es la causa de la lesión patrimonial. O bien, analizar y precisar qué causa concreta puede ser la determinante del resultado dañoso producido. En este sentido, hay que reconocer, con la doctrina, que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo —y así ocurre en el presente caso— se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y

condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non* esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento, o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo; sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño *(in iure non remota causa, sed proxima spectatur)*. De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.

Sentada la anterior premisa es difícil admitir que la omisión antes aludida, en el telegrama enviado por la empresa "Construcciones Pedro Méndez, SA", al Consejo Superior de Deportes, comunicando su decisión de participar en la licitación de la obra M-4 del Instituto Marqués de Los Vélez, pueda considerarse la causa eficiente y adecuada para producir los daños relativos a la indemnización que se reclama. Ello es así por las siguientes razones: 1.ª) En primer lugar por la modalidad del concurso convocado ya que se trataba de un concurso, con admisión previa. En efecto, la Mesa de Contratación del Consejo Superior de Deportes el día 17 de noviembre de 1990, insertó en el "Boletín Oficial del Estado", un anuncio por el que convocaba un concurso, con admisión previa, para la adjudicación de varias obras, entre ellas las relativas al módulo M-4 del Instituto de Bachillerato Marqués de Los Vélez. En el anuncio publicado previene una serie de formalidades, para la celebración del mismo, cuyo análisis no puede ser omitido. Y así, después de afirmar que los proyectos y pliegos de cláusulas administrativas estarán de manifiesto en la Secretaría de la Mesa de Contratación del Consejo Superior de Deportes (calle Martín Fierro, Ciudad Universitaria, Madrid) durante el plazo de presentación de las proposiciones, plazo que terminaba el 13 de diciembre de 1990, especifica que en cuanto a las proposiciones por correo se estará a lo dispuesto en la cláusula 7.1 de las administrativas particulares; y regula con detalle las formalidades relativas a la fase de admisión previa, que comprende la calificación y apertura de las proposiciones presentadas y su consiguiente notificación a los empresarios intervinientes. Así al referirse al examen de la documentación dice que "la Mesa de Contratación, el día 14 de diciembre de 1990, calificará las documentaciones presentadas y publicará a continuación, en el tablón de anuncios del Consejo Superior de Deportes, el resultado de dicha calificación, a fin de que los licitadores afectados, conozcan y subsanen, dentro del plazo que se indique, los defectos materiales observados en la documentación". Esta prevención, incluida en el aludido anuncio, no hacía sino cumplir el mandato contenido en el artículo 116 del Reglamento de Contratación, a tenor del cual cuando se trata de un concurso con admisión previa, el Presidente de la Mesa notificará a los empresarios intervinientes el resultado de la misma, con anterioridad a la apertura de las proposiciones. Ello significaba un singular aviso para los

empresarios intervinientes en el concurso, en cuanto les informaba del resultado relativo a la calificación previa respecto de las documentaciones presentadas. Se trataba pues de un trámite necesario, regulado en la Ley, que no podía ser desconocido por los licitadores. El informe de la Mesa se publicaba en el Tablón de anuncios del Consejo Superior de Deportes, para que los licitadores afectados por la calificación conocieran y subsanaran los defectos materiales observados. Y es obvio que entre tales defectos y como fundamental podía destacarse el de no figurar entre los empresarios intervinientes admitidos al concurso, caso de la empresa recurrente, por su omisión en el telegrama transmitido; pero para subsanar este defecto —como todos los demás que se hubieren observado en la documentación— concedía un plazo, durante el cual debió hacer la oportuna protesta la empresa "Construcciones Pedro Méndez, SA", cosa que no hizo, estimando que era suficiente la simple transmisión del telegrama. Plazo que por lo demás fue lo suficientemente amplio, ya que hasta el 19 de noviembre de 1990 no se realizó por la Mesa la apertura de las proposiciones presentadas. "Construcciones Pedro Méndez, SA", no tuvo en cuenta las prevenciones anteriores inherentes a todo concurso, con admisión previa y su falta de concurrencia y de cooperación en esta fase determinó el resultado perjudicial para sus intereses. 2.ª) En segundo término hay que tener en cuenta la propia naturaleza del sistema de contratación decidido por la Administración que fue mediante la forma de concurso. En efecto, y como acertadamente puso de manifiesto el voto particular del señor Consejero de Estado, disidente de la mayoría, la característica del concurso es que para la adjudicación de la obra no cuenta sólo el factor económico, por lo que resultan irrelevantes las alegaciones que en este sentido hace la empresa recurrente, aunque en este caso resultara adjudicataria de una obra análoga o paralela, por la cifra ofrecida. En el concurso, a diferencia de la subasta, la Ley reconoce a la Administración un prudente arbitrio o potestad discrecional para la adjudicación a la oferta que se considere más ventajosa, en razón al interés público que el contrato supone. Es por ello por lo que el artículo 36 de la Ley y 115 del Reglamento sancionan que en los pliegos de las cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios que han de servir de base para la adjudicación, entre ellos el precio, pero también los relativos al plazo de ejecución, al coste de utilización, a la rentabilidad, al valor técnico y a otros semejantes que habrán de ser tenidos en cuenta por los órganos de contratación. A ello hay que añadir que la discrecionalidad de la Administración es tan amplia que llega a poder dejar el concurso desierto, sin otros derechos para los licitadores que los de, transcurridos tres meses desde la fecha de apertura de las proposiciones sin que la Administración hubiese dictado acuerdos resolutorios, retirar sus ofertas, así como las fianzas depositadas como garantía de las mismas. De todo lo cual se deduce que los empresarios intervinientes en el concurso no tienen, por el solo hecho de concurrir al mismo, otra expectativa jurídica que las que pueden deducirse de una hipotética y futura adjudicación del mismo. En realidad lo que ostentan es una esperanza o previsión genérica de la adquisición futura de un derecho. Pero no existe un hecho adquisitivo, ya realizado en parte, para que pueda hablarse de una verdadera expectativa de derecho. Su situación jurídica no pasa de ser una eventualidad indeterminada y contingente sin más trascendencia jurídica que la derivada de su participación en la licitación, por lo que se trata de una situación jurídica excesivamente débil, de una titularidad insegura, dudosa o contingente, no susceptible de indemnización, como ya observaron las Sentencias de este Tribunal de 18 octubre 1993 (RJ 1993, 7498) y 11 febrero y 7 noviembre 1995 (RJ 1995, 2061 y 8130). Razones todas las cuales determinan a esta Sala a estimar que no es aplicable a este supuesto el principio general de protección a la confianza legítima, cuyo corolario pueda concretarse en la resarcibilidad por frustración de expectativas legítimas, que aquí por las razones invocadas no existen ya que no pueden calificarse como tales las simples esperanzas o eventualidades indeterminadas carentes de trascendencia jurídica. Todo ello sin olvidar que en el terreno de las hipótesis tiene un indudable valor la opinión del voto particular aludido cuando afirma que también pudo pensarse, de haber llegado a la

Mesa de Contratación las dos ofertas, que la doble adjudicación pudiera ser decisiva teniendo en cuenta la capacidad de medios o economía de una empresa o que, ante la poca diferencia de precios, pudiera ser buena la competencia entre las dos empresas, ya que al repartirse el riesgo se aseguraba el mejor resultado del concurso, todo ello conforme a las facultades que a la Mesa de Contratación se reconocía para proponer la solución más ventajosa.» *(Sentencia de 5 de diciembre de 1995, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 9061.)*

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS