

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Revocación de Diputado provincial.*—II. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: A) *Colegios Profesionales. Potestad sancionadora.* B) *Cámaras de Comercio. Funciones reservadas al Secretario.*—III. DOMINIO PÚBLICO: *Aguas. Restitución de caudales trasvasados.*—IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Falta de motivación de la urgencia.*—V. ECONOMÍA: *Ambito territorial de actuación de una entidad autonómica.*—VI. DERECHOS FUNDAMENTALES: *Acceso a la justicia y arbitraje obligatorio.*—VII. SANCIONES: *Potestad sancionadora de los Colegios Profesionales.*—VIII. URBANISMO: *Suspensión de otorgamiento de licencias.*—IX. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Recurso de casación. Aplicación exclusiva de Derecho autonómico.*—X. RESPONSABILIDAD: A) *Colegio Profesional. Denegación de apertura de farmacia.* B) *Reconocimiento y cuantificación de la indemnización en ejecución de sentencia del Tribunal Constitucional.*

I. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Diputación provincial. No cabe la revocación o «recall» de un Diputado provincial por parte de los Concejales que lo eligieron.

«Se impugna en el presente recurso Contencioso-administrativo el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 14 noviembre 1991, confirmado en reposición por el de 27 enero 1992, por el que se desestimó la solicitud de diversos Concejales del Partido Popular de municipios del partido judicial de Peñaranda de Bracamonte, de que "se tenga por formulada petición de censura o remoción del actual Diputado provincial por el Partido Popular por el partido judicial de Peñaranda de Bracamonte José D. R., procediéndose a convocar nueva elección y consiguiente remoción del anterior".

La Junta Electoral Central sostiene, en esencia, que no puede acceder a la petición formulada en cuanto la revocación o *recall* es una forma excepcional de cesación en la condición representativa que se ostenta, que no se encuentra prevista en el artículo 208 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por lo que no resulta aplicable, dado que el derecho a permanecer en el cargo público lleva consigo necesariamente que el cese en tal condición no se produzca sino por las causas establecidas por el ordenamiento vigente pues de otro modo se estaría vulnerando el artículo 23.2 de la Constitución, criterio interpretativo que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional refuerza en su doctrina, citando en este sentido la STC 5/1983, de 4 febrero (RTC 1983, 5).

Alegan los demandantes, en síntesis, que la revocación o destitución del elegido por sus electores es una posibilidad de control por los representados del representante, posibilidad que ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo fundándose en el principio *contrarius actus*, con relación a la destitución de Tenien-

tes de Alcalde o Alcaldes, mediante mociones de censura, cuando la Ley no prevea ese supuesto (SSTS 30 septiembre 1982 [RJ 1982, 4915], 14 julio 1983 [RJ 1983, 3993], 27 marzo 1984 [RJ 1984, 1494], 10 octubre 1984 [RJ 1984, 4952], 15 marzo 1986 [RJ 1986, 1090] y 15 julio 1986 [RJ 1986, 4431]), revocación que si bien no cabe en las elecciones por sufragio universal directo, sí es de aplicación en las elecciones indirectas o de segundo grado, según señala la STC 5/1983, de 4 febrero, por lo que, afirman los actores, existe un cuerpo de doctrina según el cual todo electo en elección de segundo grado o indirecta puede ser destituido, de acuerdo con el procedimiento empleado para su elección, sin que entre en juego la limitación de la periodicidad del sufragio del artículo 23.1 de la Constitución, ni sea necesaria una Ley que lo prevea, pues el derecho a la permanencia en el cargo a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución se contrae al cese por causas distintas a las procedentes del propio cuerpo electoral, doctrina ésta que consideran aplicable a los Diputados provinciales que, según previene el artículo 206 de la LOREG, se eligen, por separado, por los Concejales pertenecientes a los partidos políticos o formaciones electorales que hayan obtenido puestos de Diputados, de entre las listas avaladas, al menos, por un tercio de dichos Concejales.

Según reiterada jurisprudencia constitucional el derecho fundamental del artículo 23.2 CE (que según señala la STC 10/1983 [RTC 1983, 10] protege a los titulares de cargos y funciones públicas de cualquier género y no sólo a los de funciones representativas, como el derecho del apartado 1 de dicho precepto) implica el de no ser removidos de los cargos y funciones públicas a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (SSTC 5/1983, 10/1983, 28/1984 [RTC 1984, 28] y 161/1988 [RTC 1988, 161], entre otras muchas).

La rotundidad de esta doctrina impide, lógicamente, aceptar la tesis de los demandantes, según la cual los Diputados provinciales, en cuanto elegidos a través de elección de segundo grado, pueden ser destituidos por sus electores aunque la Ley no contemple tal causa de cese.

Cierto es que las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en la demanda admitieron la destitución de Alcaldes y de Teniente de Alcalde por los Concejales, mediante mociones de censura, sin que ello estuviera previsto en la entonces vigente Ley de Elecciones Locales de 17 julio 1978, siguiendo al efecto bien la línea doctrinal de la analogía con la norma referente a la destitución de los Presidentes de Diputación, artículo 34.3 de dicha Ley, o la del *contrarius actus*, como hicieron expresamente las Sentencias de 30 septiembre 1982 y 27 marzo y 10 octubre 1984. Sin embargo, no cabe olvidar que al recibirse en la LOREG la indicada doctrina jurisprudencial, salvándose así la laguna legal que ésta había puesto de manifiesto, el legislador se limita a prever, además de la anteriormente prevista destitución de los Presidentes de Diputación, la de los Alcaldes, mediante moción de censura de la mayoría absoluta de los Concejales (en cuanto a los Tenientes de Alcalde, el artículo 23.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, había dispuesto que eran de libre designación y revocación por los Alcaldes), pero no contempla la destitución de los Diputados provinciales por los Concejales que los eligieron, como habría sido lógico si hubiera querido extender a todos los electos mediante elección de segundo grado la mencionada doctrina jurisprudencial relativa a la destitución de los Alcaldes, lo que priva de fuerza argumental a la invocación que los actores hacen de las citadas sentencias de este Tribunal.

Por otra parte, la remoción que se pretende no es asimilable a la que la LOREG regula respecto de los Alcaldes y Presidentes de Diputación, pues así como en la destitución de éstos la censura se formula lógicamente por los miembros de la correspondiente Corporación, en el caso del Diputado provincial ello no sería así, ya que los demás miembros de la Diputación permanecerían ajenos a su censura, lo que no parece razonable, máxime cuando, como sucede en el presente caso, el señor D. R. había sido designado Presidente de la Diputación, según se desprende de las actuaciones, de cuyo cargo resultaría también apartado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, consistente en la moción de censura de la mayoría absoluta de los Diputados, según previene el artículo 207.3 de la LOREG.

Tampoco puede resultar útil a los actores la cita de la STC 5/1983 en cuanto considera constitucional el cese en el cargo de Alcalde acordado por los Concejales, al ser de segundo grado su elección, pues a diferencia de lo que aquí sucede, en que la revocación del nombramiento de Diputado provincial no está prevista en la Ley, allí se trataba de la aplicación del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de Elecciones Locales, que disponía el cese en el cargo de quienes dejaran de pertenecer al Partido político que les hubiera presentado, lo que, declara dicha sentencia, no era contrario al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos por sufragio universal, puesto que la elección de Alcalde es de segundo grado. Por tanto, al concurrir una causa de cese prevista en la Ley, no cabe deducir de esta sentencia que queden excluidos de la protección del artículo 23.2 CE, frente a sus electores, quienes ocupen cargos públicos por elección de segundo grado.

Por lo demás, la cuestión relativa a si tienen o no carácter taxativo las causas de cese establecidas en el artículo 208 de la LOREG, carece en realidad de relevancia, pues lo decisivo es que la revocación o *recall* de un Diputado provincial no está prevista en la Ley, según exige el artículo 23.2 CE. Y en cuanto a la ausencia en la Ley de un plazo de duración para el cargo de Diputado provincial, ello se debe, como señala el Abogado del Estado, a que el cargo se desempeña mientras se sea Concejal, cuyo mandato está limitado a cuatro años por el artículo 194.1 de la LOREG.» (*Sentencia de 28 de febrero de 1996, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 2641.*)

II. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

A) *Colegios Profesionales. Potestad sancionadora. Se admite la tipificación de conductas infractoras por acuerdos de la Junta de Gobierno, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las relaciones especiales de sujeción.*

«La primera cuestión que debe resolverse es la relativa a la inconstitucionalidad del RD 2090/1982 alegada por el recurrente, al entender que no se cumple el requisito de reserva de Ley del artículo 36 de la Constitución en la medida, dice, que "la regulación de un Régimen Jurídico del Ejercicio de Profesiones Tituladas, implica entrar en la regulación de derechos fundamentales y libertades públicas dentro del sistema de fuentes de los artículos 17.1, 25.1, 63.1 y 85.1 por lo que es precisa una Ley Orgánica al efecto". Ha de resaltarse en primer lugar que no se comprende la cita, sin duda por error de los artículos 17.1 y 63.1 de la Constitución que efectúa el recurrente en tanto en cuanto se refieren al derecho a la libertad el primero y a la Corona el segundo, preceptos por tanto en absoluto relacionados con el caso de autos, razón por la que la referencia a preceptos constitucionales ha de quedar limitada a la del artículo 36 citado y al 25.1 en relación con el 81.1 en lo que se refiere a los aspectos disciplinarios del Real Decreto 2090/1982.

Así las cosas ha de señalarse que si bien la función de ordenar la profesión que contempla con carácter general el artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales al socaire del artículo 36 de la Constitución Española, tal y como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 junio 1992 (RTC 1992, 93), solamente puede ser ejercida dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la Ley, las cuales deben ser objeto de una interpretación estricta, encontrándose la razón de ello, tal y como se indica en la Sentencia de dicho Tribunal 83/1984 (RTC 1984, 83), en que las regulaciones que limitan la libertad de quienes desarrollan actividades profesionales y empresariales no dependen del arbitrio de las autoridades o corporaciones administrativas, de modo que por un lado, el principio general de liber-

ta que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 (no en el 17.1 a que se refiere erróneamente el recurrente y que atañe a la libertad personal, paralela a la genérica libertad individual, al derecho a no ser privado de la libertad salvo en los casos y en la forma previstos en las Leyes) autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas, y, por otra parte, el principio de legalidad que consagran los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, que alcanza de lleno a los Colegios Profesionales cuando ordena el ejercicio de profesiones tituladas, conforme al artículo 36 de la Constitución, impide a las Administraciones públicas dictar normas sin una habilitación legal suficiente, no es menos cierto que la potestad disciplinaria de los Colegios, aspecto que ahora nos interesa por cuanto en relación a éste es al que se plantea la alegación de inconstitucionalidad, encuentra su fundamento en la Ley 2/1974, de 13 febrero, sobre Colegios Profesionales, que alude en su artículo 5.º, apartado i), al ejercicio de la potestad disciplinaria, que debe ejercerse de acuerdo con los Estatutos Colegiales.

Llegados a este punto debe reconocerse que, en efecto, el Estatuto General de la Abogacía no tiene rango de ley, sino que ha sido aprobado por Real Decreto 2090/1982.

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

La pertenencia a los Colegios Profesionales implica que, mediante la solicitud de colegiación, se pida por el interesado ser admitido en el ámbito profesional. Al dar de alta al peticionario el Colegio Profesional emite un acto típico de admisión administrativa en virtud del cual el solicitante queda incorporado a la colectividad con todos los derechos que ello implica, pero también con todos los deberes que lógicamente y normalmente se derivan de la pertenencia al colectivo en cuestión. Entre estos deberes se encuentra muy señaladamente la sumisión a la potestad disciplinaria del Colegio, tanto más cuanto que como se recordaba en Sentencia de 11 noviembre 1992 (RJ 1992, 8667), al menos en el caso de los profesionales liberales, se trata de la única potestad disciplinaria ejercida válidamente sobre personas cuya conducta involucra de modo obvio la satisfacción del interés público.

La existencia de relaciones especiales de sujeción y la aplicación de la teoría relativa a las mismas ha sido aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien manteniendo desde luego que la disminución de garantías que eventualmente pueda implicar debe interpretarse de modo restrictivo. En este sentido son de tener en cuenta las antes citadas Sentencias de 21 diciembre 1989 (RTC 1989, 219), 20 marzo 1990 (RTC 1990, 47), 10 diciembre 1991 (RTC 1991, 234) y 28 febrero 1994 (RTC 1994, 57). Singularmente la primera de ellas afirma de modo expreso que el alcance de la reserva de Ley consagrada en el artículo 25 de la Constitución pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, si bien declara que incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva de los derechos fundamentales que consagra la Constitución. Dicha Sentencia establece también que en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial la remisión a los acuerdos de las Juntas definidoras de los deberes relacionados con la profesión ha de considerarse plenamente admisible. Por último, se añade que ante la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve que las normas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos.

En la sentencia que se viene citando se concluye que sin perjuicio de la conveniencia de que los órganos competentes refuercen el nivel de previsibilidad del orde-

namiento disciplinario corporativo, la aplicación de normas aprobadas por acuerdos de las Juntas para calificar como infracción las conductas no vulnera el principio de reserva de ley en la materia que se establece en el artículo 25.1 de la Constitución.

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

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

De ahí se sigue que debe entenderse válidamente ejercida la potestad disciplinaria por el Colegio Profesional en el caso de autos.» (*Sentencia de 8 de marzo de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 2267.*)

B) Cámaras de Comercio. *El principio de objetividad en el servicio de los intereses generales exige que determinadas funciones de las Cámaras sean desarrolladas por un Secretario profesionalizado e inamovible, y no por un Director Gerente, cargo de confianza, que puede ser removido libremente.*

«Cuando nos enfrentamos a un tema como el presente, en el que se discute la legalidad de un Decreto de una Comunidad Autónoma, en nuestro caso el Decreto 380/1984, de 13 diciembre, por el que se crea el cargo del Director Gerente en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña, que ha sido anulado por la sentencia recurrida en apelación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona, con base en infracción del principio de reserva de ley establecido en el artículo 52 de la Constitución Española, lo primero y fundamental que ha de realizarse es una exégesis de la doctrina que en relación con dichos entes tiene establecida en reiteradas sentencias el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación son: *a)* Corporaciones de derecho público de carácter representativo (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 junio 1982 [RJ 1982, 3622] y 21 junio 1983 [RJ 1983, 3619]); *b)* aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que la integran, participan de la naturaleza de *Administraciones Públicas*; *c)* la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 agosto 1983 [RTC 1983, 76]); y *d)* la latitud de la expresión "organizaciones profesionales" que usa el artículo 52 de la Constitución, permite comprender "sin dificultad entidades de tipo corporativo con fines económicos, y en consecuencia la reserva de ley les es aplicable, pues no cabe duda el matiz económi-

co que su actividad comporta, al incidir directamente sobre el tráfico comercial" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 julio 1989 [RTC 1989, 132]). Ahora bien, el principio de reserva de ley establecido en el artículo 52 de la Constitución, no puede contemplarse de un modo tan absoluto que cierre toda posibilidad a la vía reglamentaria, para regular, al menos en sus aspectos estructurales y organizativos, las indicadas corporaciones, pero tal regulación ha de realizarse de acuerdo con las bases establecidas en la normativa estatal, por así venir impuesto por el artículo 149.1.18 de la Constitución; bases, que en defecto de una Ley postconstitucional promulgada como tal, han de obtenerse de los preceptos que regulan los aspectos materiales de interés general contenidos en normas anteriores a la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 julio 1981 [RTC 1981, 32], 7 abril y 20 mayo 1983 [RTC 1983, 25 y 42] y 6 noviembre 1986 [RTC 1986, 137]). Corroborado lo expuesto la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 diciembre, cuando señala que «Mientras las Cortes Generales no elaboren las Leyes a que este Estatuto se refiere, y el Parlamento de Cataluña legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias, sin perjuicio de que su desarrollo legislativo, en su caso, y su ejecución, se lleve a cabo por la Generalidad en los supuestos así previstos en este Estatuto».

El Decreto catalán 380/1984, de 13 diciembre, crea el cargo del Director Gerente en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña, al que le serán asignadas las funciones de gestión de acuerdos, de representación del Presidente cuando éste lo determine y se trate de facultades ejecutivas, de jefe de personal retribuido y de dirección de todos los servicios de la Cámara, siendo su sistema de provisión el acuerdo del Pleno a propuesta del Comité Ejecutivo. Carece de la condición de funcionario y le corresponderán además las competencias que le sean específicamente delegadas por el Comité Ejecutivo y el Presidente.

Las normas estatales referentes a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, contenidas en la Ley 29 junio 1911, Decreto 1291/1974, de 2 mayo, que aprueba el Reglamento General, modificado por el Decreto 753/1978, de 27 marzo, contemplan la figura del Director Gerente como órgano del Consejo Superior de Cámaras, pero no está prevista para las Cámaras, siendo en éstas el Secretario el que, con voz consultiva, pero sin voto, asistirá a las sesiones del Pleno y del Comité Ejecutivo, gestionará la realización de sus acuerdos, ostentará la representación del Presidente cuando éste así lo determine y se trate de facultades meramente ejecutivas, siendo Jefe del Personal retribuido y Director de todos los servicios de la Cámara (art. 15 del Decreto 753/1978).

De la simple comparación entre esta figura y la del Decreto catalán, se extrae la conclusión de que las funciones del Secretario de la Cámara han sido traspasadas al Director Gerente, quedando aquél reducido, según su artículo 3.º, a un mero fedatario, que redacta y firma las actas de las sesiones, y que realiza funciones de asesoramiento, de custodia del sello y archivo, y otras de tipo burocrático; de tal forma que cuando concurren ambos órganos en una Cámara, el Secretario, que ha accedido a su puesto mediante concurso de méritos, cuyas bases y condiciones se han aprobado previamente por el Ministerio de Comercio y Turismo, estará subordinado al Director Gerente, cuyo nombramiento carece de las garantías de objetividad, capacidad y mérito propias de aquel sistema de provisión.

El Decreto impugnado está, por tanto, infringiendo, en primer lugar, un principio de las normas estatales en materia de Cámaras que podemos considerar básico: el de objetividad en el servicio de los intereses generales, del cual deriva que las funciones que se atribuyen al Secretario, deban ser desarrolladas por persona elegida como la más capacitada entre los aspirantes al cargo, con un control previo de la Administración de tutela, que aprueba las bases para cubrirlo, y una profesionalización del órgano que le dota del carácter de inamovible. Frente a ello, se nombra un Director Gerente, que es un cargo de confianza, carente de la condición de funcionario, que puede ser nombrado y removido libremente.

Por otra parte, otro principio básico en el funcionamiento de las Cámaras es el de la representatividad, ya que al ser organizaciones profesionales que contribuyen a la defensa de los intereses económicos que le son propios, sus órganos de gobierno son elegidos por los miembros de la Corporación, y es a estos órganos a los que únicamente les corresponden el desarrollo de las competencias camerales; de tal forma, que el Pleno puede delegar en el Comité Ejecutivo [art. 30.b) del Reglamento], por razones de urgencia justificada, sólo muy contadas funciones, y el Presidente (art. 31) únicamente puede delegar funciones ejecutivas en el Secretario, pero respecto de las que no lo son, la delegación habrá de recaer en el Vicepresidente o en miembros del Comité Ejecutivo, es decir, en miembros elegidos. El Decreto de la Generalidad de Cataluña permite, en su artículo 2.º, que el Director Gerente sea depositario de competencias que específicamente se le deleguen por el Comité Ejecutivo y el Presidente, y que no sólo pueden ser ejecutivas, ya que a éstas se refiere el artículo 1.º, sino cualesquiera otras; con lo que el principio de representatividad a que se hizo referencia se ve claramente vulnerado, al abrirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña la posibilidad de creación de esta figura; y aunque no se imponga coactivamente a las mismas, quedando al arbitrio de cada una de ellas el instaurarla o no, esta mera posibilidad es suficiente para que el Decreto impugnado haya incurrido en las infracciones mencionadas, pues se está abriendo las puertas a la constitución de un órgano que no permiten las normas del Estado, en la forma en que se ha regulado; por lo que su anulación por la sentencia recurrida es correcta, debiendo, en consecuencia, desestimar los recursos de apelación interpuestos.» (*Sentencia de 20 de marzo de 1996, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 2563.*)

III. DOMINIO PÚBLICO

Aguas. Anulación de acuerdo sobre trasvase del Júcar al Segura, por falta de cobertura legal. Se reconoce el derecho de los recurrentes a la devolución del caudal indebidamente trasvasado.

«De los datos obrantes en autos se desprende que el Embalse de Alarcón, construido íntegramente con capitales aportados por los usuarios agrícolas e industriales de las aguas del río Júcar con el fin de regular los caudales procedentes del mismo, cumple además la función de servir de tránsito o vía de las aguas que se trasvasan de la cuenca del Tajo al Segura, sustituyendo, a la par que ahorrando, la continuidad del acueducto que une dichas cuencas en la longitud del embalse, de tal forma que las aguas trasvasadas del primero al segundo de estos dos ríos deben pasar por el Embalse, entrando en él para después ser desembalsadas en la otra parte, camino del río Segura, ya de nuevo a través del acueducto.

La Ley 21/1971, de 19 junio, sobre el aprovechamiento conjunto de los ríos Tajo y Segura, señala en su Exposición de Motivos que "el artículo segundo, contemplando la posición de los usuarios de la cuenca del Júcar, sujeta la utilización del embalse de Alarcón, a un estricto régimen de entradas y salidas, estableciendo una adecuada composición de la correspondiente Comisión de Desembalses, con el fin de vigilarlo al efecto dispuesto y resolver cuantos problemas conexos puedan suscitarse"; y dicho artículo segundo dispone que "la utilización del embalse de Alarcón en el acueducto Tajo-Segura seguirá un régimen estricto de entradas y salidas, computándose las pérdidas por evaporación que puedan corresponder a las aguas trasvasadas".

La misión del embalse no es, en cuanto aquí nos concierne, suministrar al río Segura aguas procedentes de sus propios nutrientes, las cuales quedan reservadas

para los usuarios del río Júcar, sino servir de elemento de conducción de las que proceden del Tajo con destino al Segura, por lo que los desembalses han de ser iguales a los embalses que se realicen con esa finalidad, e incluso inferiores, al tener que descontarse las mermas producidas por la evaporación, creándose a tal efecto una Comisión encargada del control de los mismos y de resolución de las dudas que todo ello pueda producir.

Es ésta la conclusión que debemos extraer de la Ley 21/1971, que fue dictada, como su propio nombre indica, para regular "el aprovechamiento conjunto de los ríos Tajo y Segura", pero en la cual no se establece ningún tipo de trasvase de aguas propias del Júcar.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 julio 1993, que es objeto de este recurso, autoriza un trasvase de aguas de 5 hm³ de la cabecera del Júcar, para riegos de emergencia en las zonas regadas con aguas del Acueducto Tajo-Segura. El antecedente inmediato de este acuerdo lo encontramos en el informe de la Dirección General de Obras Hidráulicas de julio de 1993, en el que después de concluir que es preciso realizar un trasvase excepcional de 30 hm³ para riegos a la cuenca del Segura, señala textualmente que "dada la escasez de las disponibilidades de la cuenca del Tajo, y también por razones de solidaridad regional, no parece conveniente hacer gravitar sobre dicha cuenca todo el peso del trasvase necesario, por lo que de los 30 hm³ que se precisan, 25 hm³ podrían provenir del sistema Entrepeñas/Buendía, trasvasándose los 5 hm³ restantes del embalse de Alarcón".

Resulta patente, pues, que esos 5 hm³ van a proceder de los recursos propios del río Júcar, sin que a cambio se reciba igual cantidad proveniente del Tajo, con lo que los usuarios de aquel río van a ver mermadas sus disponibilidades hídricas, en clara contravención con lo dispuesto en la mencionada Ley 21/1971.

El acuerdo se fundamenta en el artículo 1.º del Real Decreto 2530/1985, de 27 diciembre, sobre régimen de explotación y distribución de funciones en la gestión técnica y económica del acueducto Tajo-Segura, que atribuye al Consejo de Ministros, en circunstancias hidrológicas excepcionales, previa propuesta de la Comisión Central de Explotación, la decisión sobre los volúmenes y caudales de trasvase, competencia que en circunstancias normales corresponden a dicha Comisión.

Pues bien, este respaldo del acuerdo no es suficiente ni material, ni jurídicamente. Lo primero, porque el Real Decreto se refiere a los trasvases efectuados a través del acueducto Tajo-Segura, sin mencionar al embalse de Alarcón, ya que si así lo hubiese establecido, la norma sería nula por contravenir otra de rango superior —la Ley 21/1971— que, como hemos dicho, lo prohíbe. Y jurídicamente, porque los trasvases entre cuencas hidrográficas tienen que estar permitidos con carácter general por norma con rango de Ley, como así se ha venido haciendo en anteriores ocasiones, y se desprende del artículo 43.1.c) de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 agosto, sin que exista norma de tal jerarquía que regule los trasvases del Júcar al Segura.

Sin perjuicio de reconocer el principio de solidaridad entre Comunidades Autónomas, invocado por la defensa de la Administración demandada, no obstante, habrá de llevarse a efecto a través de los cauces legalmente previstos, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 9 CE), debiendo, en cualquier caso respetarse, como indica el artículo 13.2.º de la Ley de Aguas, el principio de "unidad de la cuenca hidrográfica".

Los anteriores razonamientos nos llevan a declarar la nulidad del acuerdo recurrido.

Se solicita por la entidad recurrente —Unión Sindical de Usuarios del Júcar—, la devolución de los caudales indebidamente trasvasados o se le indemnice su importe en la cuantía que se fije en período de ejecución de sentencia. Tal pretensión debe ser acogida, pues supone el reconocimiento de la situación jurídica individualizada lesionada por el acto declarado nulo, que debe restablecerse conforme a lo establecido en el artículo 84.b) de la Ley Jurisdiccional; siendo la Administración demandada la que ha de decidir sobre cuál de las formas de restablecimiento estima más adecuada a sus intereses.» (*Sentencia de 5 de marzo de 1996, Sala 3.º, Sección 3.º, Ar. 2555.*)

IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Declaración de urgencia. Anulación del acuerdo declarativo de la urgencia por falta de motivación suficiente.

«Aun en la hipótesis (rechazada por la Sala de instancia) de que fuese urgente llevar a cabo la ocupación de los terrenos para la ejecución de la obra en cuestión, faltaría el segundo requisito de motivar debidamente el acuerdo que lo declare, según ordena el artículo 56.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, y cuyo defecto, en contra de la opinión de la representación procesal de la Administración recurrente, no constituye una mera irregularidad no invalidante del mismo sino una causa de anulabilidad conforme a lo dispuesto por el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (entonces aplicable), al producir indefensión porque impide a los interesados afectados conocer las razones justificativas de la necesidad de urgente ocupación y, por consiguiente, discutir o cuestionar ésta, con lo que se lesiona el contenido esencial de su derecho de propiedad, que, aunque susceptible de privación conforme a lo dispuesto en el invocado artículo 33.3 de la Constitución, debe serlo, según este mismo precepto establece, de conformidad con lo dispuesto en las leyes, las que, según acabamos de exponer, exigen inexcusablemente la adecuada motivación del acuerdo que declare la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación con exposición de las circunstancias que justifiquen tan excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, y, en consecuencia, al así declararlo la Sala de instancia, no ha infringido, sino cumplido fielmente, lo dispuesto por el citado artículo 33.3 de la Constitución.» (Sentencia de 16 de marzo de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 2386.)

V. ECONOMÍA

Instituto Cartográfico de Cataluña. Organismo autónomo comercial, industrial y financiero. Necesidad de acreditar el fin de interés general de la actividad. Ambito territorial de actuación de una entidad autonómica.

«Una vez descrito en el encabezamiento cuál es la resolución administrativa objeto del presente recurso contencioso, importa señalar que la entidad actora considera, en primer término, que se trata de acto radicalmente nulo, porque se permitió la licitación en el concurso a la codemandada —al fin, adjudicataria— pese a que sus “estatutos y naturaleza no le permiten acudir a concursos fuera de su propio ámbito territorial”. En segundo lugar, se aduce que fue vulnerado el Pliego de condiciones por no cumplir la codemandada la aportación de certificación sobre clasificación empresarial. La tercera vía de oposición a la resolución administrativa parte de la base de que, pese a venir obligado el codemandado a no discriminar al sector privado, su financiación pública daña la igualdad de oportunidades para los licitadores, la libertad de empresa y la economía de mercado, con lo que supuestamente se vulneraría el artículo 14 de la Constitución; a lo que aún se añade que no se puede permitir “que una sociedad de carácter o influencia pública compita con empresas privadas en un área de actividad perfectamente cubierta, haciéndolo en condiciones muy favorables para ello, tales como el uso de créditos blandos o baratos, la aplicación de particulares bonificaciones y exenciones fiscales”, dándose lugar a un sistema imperfecto de economía de empresa, contrario a la Constitución, en la medida que el codemandado pudo concurrir en condiciones preferentes y primadas.

Finalmente, la actora señala que el interés público preferente en el caso debe ser la garantía del derecho fundamental a la no discriminación, por lo que no pudo servir aquél como instrumento valioso —art. 285 del Reglamento General de Contratación— para la adjudicación del concurso al codemandado, máxime cuando su aplicación es contraria a la excepcionalidad con que debe contemplarse su uso.

Aun cuando la parte actora transcribe íntegramente en su escrito de demanda el contenido del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en realidad, se muestra incapaz de conectar cualquiera de las causas a los hechos en que apoya la pretensión de que sea estimado su recurso. A este respecto, ni la intervención del codemandado fuera de su supuesto ámbito territorial, ni el incumplimiento del pliego de condiciones, concretado en la ausencia de certificación de clasificación empresarial, pueden servir de apoyo para considerar que el procedimiento se ha omitido “total y absolutamente”, porque, en todo caso, los trámites esenciales que lo integran permiten su identificación.

La Ley 11/1982, de 8 octubre, de creación del Instituto Cartográfico de Cataluña, lo configura —art. 1— como organismo autónomo comercial, industrial y financiero, según fórmula que reproduce su Reglamento, incluido como Anexo al Decreto 88/1988, de 28 marzo, del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Además de la prestación de los servicios oficiales y de interés general para dicha Comunidad con cargo a su propio presupuesto, se le faculta —art. 3.3 de la Ley— para la realización de trabajos para entidades públicas o particulares, mediante la contraprestación que a ese efecto se concierte, para lo que el Reglamento —art. 2.4.b)— reclama no discriminación respecto al sector privado. Sobre esta cuestión, como ya señalábamos en el primer fundamento, late la consideración que la entidad recurrente aporta en relación a la intervención pública en la actividad económica. En relación a ello, interesa comenzar recordando que el Derecho económico ha experimentado, de un lado, un repliegue, en tanto que portador y protector de determinados valores tradicionales; y, en otro sentido, un notable desarrollo, en tanto que instrumento de la eficacia. Este fenómeno, que en su día fue registrado en otros países, es hoy aplicable al nuestro, ya que la Constitución ha establecido las bases de una configuración actual del principio de igualdad en materia económica. En este sentido, la adecuada libertad de competencia es necesariamente coherente con la intervención directa de los poderes públicos en la economía, superando así la anterior fase del papel subsidiario. Por eso, el principio de igualdad se convierte en un instrumento de la eficacia. Con esta perspectiva, una primera aproximación a la cláusula del Estado Social permite asegurar que la Constitución ha abierto un extenso campo a la actividad económica de los poderes públicos. La cuestión aquí —como siempre— será dilucidar su relación con la iniciativa económica privada, porque la neutralidad de la Constitución económica es jurídicamente inatacable. Para justificarlo, bastaría recordar que la enmienda 378 que trató en el Senado de modificar la fórmula del actual artículo 128.2 para atribuir expresamente carácter subsidiario a la iniciativa pública en la actividad económica fue rechazada en la Comisión constitucional por mayoría aplastante de 22 votos en contra y uno a favor, con una abstención —“Diario de Sesiones del Senado”, núm. 51, pág. 2449—. Dicho esto, importa hacer dos precisiones. En primer lugar, que el fin último de la iniciativa pública debe ser el interés general, convertido así en el instrumento legitimador de cada intervención. Y, en segundo término, que el artículo 128.2 opera como título de habilitación genérica, lo que supone que no precisa desarrollo por Ley ya que contiene un principio institucional de aplicación inmediata. Dando un paso más en la cuestión que plantea la recurrente, tenemos que referirnos a la posible existencia de fronteras espaciales a la actividad económica de las Comunidades Autónomas. Indicada ya la perspectiva que abre a la codemandada la Ley 11/1982, conviene tomar como punto de referencia que el Tribunal Constitucional —Sentencia de 16 noviembre 1982— ha dejado claro que el efecto de extraterritorialidad, para ser motivo de inconstitucionalidad, ha de ser grave y desproporcionado. Pues bien, el termómetro de la gravedad ha de ser el grado de entorpeci-

miento al tráfico económico nacional, porque la tentación de obstaculizar la participación de competidores indeseables, sean entes privados o públicos, ha de considerarse contraria al principio de libre competencia y, en esa medida, intrínsecamente inconstitucional. Además, si se acepta una interpretación estricta del principio de territorialidad, los entes autonómicos experimentarían la necesaria consecuencia del deterioro del principio de igualdad, porque su intervención vendría condicionada por la obligación de competir en una economía de mercado con un alto grado de desarrollo con empresas privadas cuyo radio de acción puede extenderse, por lo menos, al mercado nacional. Así las cosas, la personalidad jurídica propia y la plena capacidad de obrar que la Ley 11/1982 reconoce a la entidad codemandada, no estando incurso en prohibición de las establecidas en el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, llevan aparejada la consecuencia de su aptitud para concurrir al concurso público convocado por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Y no puede considerarse que tenga impedida la contratación porque no presentara la certificación de clasificación empresarial —art. 9.7— ya que este requisito no es exigible a los entes públicos, ni a los órganos de éstos (en este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 marzo 1988, confirmada por el Tribunal Supremo el 16 octubre 1990 [RJ 1990, 7767]). Por tanto, la Comunidad Autónoma debió reconocer esta circunstancia a la codemandada, sin que porque actúe fuera de Cataluña pueda considerarse que no ha de ser tenido en cuenta su carácter, de manera que la adjudicación bien pudo realizarse sin necesidad de hacer uso de la vía excepcional prevista en el artículo 106 de la Ley de Contratos del Estado, en relación con el artículo 285 de su Reglamento.» (*Sentencia de 2 de enero de 1996, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 20.*)

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES

Acceso a la justicia y arbitraje obligatorio. Solución de conflictos electorales en el ámbito laboral.

«A los artículos 28, párrafo 1.º, 31 y 33 del RD 1844/1994, se refiere el fundamento de derecho 5.º de la demanda del recurso acumulado 677/1994, que considera, que incurren en “inconstitucionalidad por vulneración de los derechos de igualdad, libertad sindical y a la tutela judicial efectiva por la imposición de un arbitraje obligatorio como medio de solución preceptiva de los conflictos suscitados por impugnaciones en materia electoral”.

Debe econocerse que en este punto los argumentos impugnatorios tienen mayor enjundia, aunque en el fondo deban trasladarse a la ley que sirve de soporte a esos preceptos reglamentarios, lo que sitúa al Tribunal en el dilema de plantear o no cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con dichos preceptos de la ley, en concreto con respecto al artículo 76, aps. 1 y 3, de la LET, modificada por la Ley 11/1994.

Con todo, un examen riguroso de los preceptos de la Ley citados, en necesaria relación con los artículos 127 y 128 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL en adelante), aprobado por el RDLeg. 521/1990 y modificado por la Ley 11/1994, nos lleva a la conclusión, que razonaremos de inmediato, de la inexistencia en ellos de las violaciones constitucionales que se les atribuyen y de la improcedencia por tanto del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

El paso siguiente sería el de que, siendo los preceptos reglamentarios plenamente conformes a la ley, su impugnación ha de rechazarse.

Antes de examinar de modo individualizado las argumentaciones de la recurrente es preciso estudiar el sentido y alcance de los preceptos legales citados.

El artículo 76.1 establece de modo inequívoco un arbitraje obligatorio, lo que suscita de inmediato la dificultad de la adecuación de dicha figura a lo que es la concepción tradicional del arbitraje, reflejada en nuestro sistema legal en la Ley 36/1988, de 5 diciembre, y al derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Pero para medir el exacto alcance de dicho precepto de la LET es preciso, según se ha anticipado, relacionarlo con los artículos 127 y 128 de la LPL, modificados por la propia Ley 11/1994, que introdujo en la LET el texto que examinamos.

De las dos dificultades referidas, sólo la segunda es la que tiene trascendencia constitucional, pues el hecho de que el arbitraje aquí cuestionado se acomode o no al régimen típico de esa institución no pasa de ser un problema de relaciones entre leyes, en las que nada obsta a que la posterior en el tiempo pueda establecer regulaciones diferentes de la anterior.

En este sentido, el que el arbitraje que nos ocupa tenga el carácter de un arbitraje obligatorio, impuesto *ex lege*, lo diferencia sensiblemente del típico arbitraje de la Ley 36/1988, pudiendo incluso negar que sea un "genuino arbitraje" (por decirlo con expresión de la STC 11/1981 [RTC 1981, 11], F. 24); mas lo importante es examinar si se produce con él el cierre de la posibilidad de acceso a los Tribunales, que sería, en su caso, lo que podría entrar en colisión con el artículo 24 CE.

Lo característico del arbitraje típico, como equivalente jurisdiccional, es precisamente el cierre de ese acceso, de modo que la jurisdicción no puede sustituir al árbitro en la decisión del conflicto confiado a la de éste, ni enjuiciar su laudo, restando sólo a aquélla unas facultades de control externo, y no de fondo, a través del recurso de revisión.

Es precisamente ese efecto esencial, de cierre de la jurisdicción estatal y de instrumento de alternativa privada a ésta, lo que explica el que sea la autonomía privada, la voluntad de las partes, el condicionante y la justificación de la figura.

En el arbitraje que examinamos no se produce sin embargo el cierre del acceso a la jurisdicción, pues según el artículo 127.1 de la LPL "los laudos arbitrales previstos en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores podrán ser impugnados a través del proceso previsto en los artículos siguientes". El artículo 128 de la propia LPL por su parte establece una *cognitio* del órgano jurisdiccional, que es incluso más extensa que la del árbitro, pues no sólo abarca el contenido total de las facultades enjuiciadoras atribuidas al árbitro en el artículo 67.2 de la LET [existe una total correlación de contenidos entre el del art. 128.a) de la LPL y el del art. 67.2 LET, al que el primero remite], sino que además se le somete al enjuiciamiento externo de la regularidad del desarrollo formal del arbitraje y de la actuación del árbitro [art. 128.b), c) y d)].

En esas circunstancias no existe atisbo alguno de cierre del acceso a la jurisdicción, que es en lo que consiste el derecho judicial de tutela judicial efectiva. Cosa diferente sería que la revisión jurisdiccional del laudo arbitral tuviera un contenido limitado, de modo que quedasen ciertos aspectos de aquél exentos de dicha revisión; pero éste no es el caso.

En definitiva, la ley no hace más que regular las condiciones de acceso al órgano judicial, anteponiendo al mismo un necesario trámite pseudoarbitral (por mucha que sea la denominación, si su esencia no se ajusta estrictamente a su nombre), que, aunque sea un paso más, en relación con la conciliación previa, típica del proceso laboral, puede reconducirse al mismo fin que inspira ésta.

La obvia finalidad de descargar el trabajo de los órganos jurisdiccionales del orden social, sin cerrar, no obstante, el acceso posible y plenario a los mismos, a costa exclusivamente de un cierto retardamiento de ese acceso, de escasa entidad temporal por lo demás, permite entender que el legislador en este punto se ha limitado a cumplir la misión que tiene atribuida en la regulación del derecho de tutela judicial efectiva, sin afectar a su contenido esencial, pues, como ha proclamado con reiteración el Tribunal Constitucional (por todas, STC 185/1987 [RTC 1987, 185]), "el derecho a acudir ante un determinado Tribunal deduciendo una pretensión definida sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercitarse en la forma y con los requisitos que ésta ha establecido, como ya dijimos en la STC 99/1985 (RTC 1985, 99)".

Coincidimos así en la valoración del cuestionado arbitraje con la del informe del Consejo General del Poder Judicial en el trámite de elaboración de la Ley 11/1994, y con el de la resolución del Comité de Libertad Sindical de la OIT, recaída en la queja deducida ante ésta por la central sindical aquí recurrente contra el Gobierno de España respecto al extremo que nos ocupa.

El otro aspecto a considerar en la LET (art. 76.3) es el de las normas sobre designación de los árbitros, en el que los preceptos constitucionales de contraste son los artículos 14 y 28 CE, por el diferente papel atribuido en ellas a los distintos sindicatos.

Ante todo debe observarse que las normas de designación de los árbitros no obstan a que las partes puedan designar por sí mismas árbitros distintos, lo que supone atenuar el elemento de obligatoriedad del arbitraje, si no en cuanto al mismo, sí en cuanto a la sumisión a árbitros determinados, en cuya designación no se ha participado.

Subsiste, no obstante, esa designación, y la especial dificultad constitucional que nos ocupa, dada la diferencia de posiciones ante ella de los distintos sindicatos.

En su estudio debe destacarse, como dato de especial relevancia, el de que la Ley exige que los árbitros hayan de ser designados "con arreglo a los principios de neutralidad y profesionalidad, entre licenciados en Derecho, Graduados Sociales, así como titulados equivalentes".

Este dato de partida es fundamental, para diferenciar cualitativamente el papel del arbitraje, y el de los árbitros que lo desarrollan, el papel de las extinguidas Comisiones de Elecciones Sindicales, reguladas en el RD 1256/1986, derogado por la Ley 11/1994, y cuya composición fue declarada inconstitucional por las SSTC 7/1990 (RTC 1990, 7) y 32/1990 (RTC 1990, 32) (en realidad la primera de ellas no versa sobre el citado RD, sino sobre la Orden de la Consejería de Trabajo de la Generalidad Valenciana de 12 agosto 1986, que en el extremo que nos ocupa reitera la composición de las Comisiones Provinciales reguladas en el RD, siendo por tanto plenamente trasladable a él el análisis de constitucionalidad de la citada Orden).

Si se tiene en cuenta que las propias sentencias del Tribunal Constitucional citadas (así como la 98/1985 [RTC 1985, 98] y otras muchas), admiten la diferente atribución de facultades a los Sindicatos "para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, siempre que estas diferencias se introduzcan con arreglo a criterios objetivos que aseguren que en la selección no se van a introducir diferencias caprichosas y arbitrarias", y que "el concepto de mayor representatividad (que es el empleado en el presente caso para justificar la diferencia de trato), así como el de mayor implantación, constituyen criterios objetivos y por tanto constitucionalmente válidos" (STC 7/1990, F. 2.º), tenemos ya un sólido punto de partida para la conclusión final de rechazo de la vulneración de los artículos 14 y 28 CE, a reserva del análisis de si las facultades, en cuyo otorgamiento se produce la diferencia de trato, tienen una significación funcional en relación con la cual sea justificable esa diferencia.

Este elemento, el de la función atribuida a las Comisiones de Elecciones Sindicales, fue precisamente el considerado por el Tribunal Constitucional en esas sentencias, para rechazar la constitucionalidad de las concretas normas entonces analizadas.

Se negaba en ellas que la participación enjuiciada fuera calificable de participación institucional, diciendo de aquélla que "se produce en un órgano de mero control y seguimiento electoral, que adopta decisiones sobre el cómputo de imputación de los distintos sindicatos, a efectos de determinar cuáles de ellos han alcanzado la condición de mayor representatividad"; y que por ello "no es razonable, ni objetivo, ni tampoco proporcionado a la finalidad y funciones de dichos órganos electorales, que únicamente formen parte de las mismas, y precisamente en proporción a su representatividad, los sindicatos que de conformidad a los últimos resultados disponibles hayan alcanzado la condición de más representativos en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma", pues "ello no garantiza adecuadamente la imparcialidad

necesariamente exigible a un órgano de control electoral, al colocar a los sindicatos que ya sean más representativos en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma en una situación de privilegiada ventaja frente a los restantes sindicatos que no se encuentra constitucionalmente justificada y es lesiva de los artículos 14 y 28.1 CE”, por cuanto que “no es correcto que sean sólo aquellos sindicatos los que participan en los órganos de control de unas elecciones en las que tales sindicatos, lógicamente interesados en mantener su condición de más representativos, compiten con otras centrales sindicales igualmente interesadas en alcanzar los mejores resultados e incluso acceder a la mayor representatividad sindical” (STC 7/1990, F. 4.º).

Destacados esos elementos de caracterización subjetiva de los árbitros y de caracterización funcional de las Comisiones de Elecciones Sindicales, podemos resumir la caracterización respectiva del arbitraje y de las comisiones en términos comparativos.

Son rasgos a destacar en las Comisiones de Elecciones Sindicales, para marcar las diferencias de las posiciones de los sindicatos respecto a ellas y respecto al arbitraje, la siguientes:

- a) En las Comisiones participaban los sindicatos por medio de representantes.
- b) Es el órgano participado por los sindicatos, el que realiza la función de control electoral, participando por tanto en ese control los sindicatos.
- c) No estaba establecida ninguna exigencia de imparcialidad.

Esos elementos son trascendentales a la hora de ponderar si pueden equipararse la intervención de los Sindicatos en las Comisiones y el nuevo arbitraje, por el hecho de su participación en la designación de los árbitros.

En el arbitraje, y en cuanto a la implicación en él de los sindicatos, son destacables los siguientes rasgos:

- a) Los sindicatos no participan en el arbitraje por medio de representantes, limitándose su intervención a la de designación de los árbitros, que no son representantes suyos.
- b) La situación de los sindicatos en cuanto a la función del árbitro queda situada extramuros del ejercicio de esa función, que es personal y exclusiva de los árbitros.
- c) Como rasgo definitorio de éstos, la Ley exige la aplicación de un principio de neutralidad y profesionalidad, en garantía de la cual establece un requisito de titulación y unas causas de abstención y recusación (art. 76.4 LET).

La conclusión resultante de la comparación de esos rasgos respectivos es la de que están ausentes del arbitraje, y de la intervención de los sindicatos en la designación de los árbitros, los elementos sobre cuya base el Tribunal Constitucional proclamó la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias analizadas en las sentencias referidas.

No son equiparables desde la perspectiva constitucional de los artículos 14 y 28.1 el régimen y función de las extinguidas Comisiones de Elecciones Sindicales, y el del arbitraje instaurado en la modificación de la LET por la Ley 11/1994, y más en concreto, y como parte de éste, el papel asignado a los sindicatos en la designación de los árbitros. No es así lógico entender que la declaración de inconstitucionalidad contenida en las SSTC 7/1990 y 32/1990 referida a la composición de las Comisiones de Elecciones Sindicales, pueda servir de pauta, para medir la constitucionalidad del diferente trato de los Sindicatos en la designación de los árbitros, establecido en la LET.

Por otra parte, mientras que en el RD 1256/1986 la participación en las Comisiones de Elecciones Sindicales se reservaba en exclusiva a los representantes de organizaciones sindicales más representativas, en la designación de los árbitros esa participación es más amplia: el “acuerdo unánime”, a que se refiere la norma, es “de los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidades Autónomas según

proceda y de los que ostentan el diez por cien o más de los delegados y de los miembros de los Comités de Empresa en el ámbito provincial, funcional o de empresa correspondiente”.

Esto supone una mucho mayor amplitud del círculo de posibles sindicatos intervinientes, y que los que quedan fuera de él son sindicatos carentes de representatividad significativa.

Situado el límite diferencial entre sindicatos representativos (más representativos y simplemente representativos) y los que no lo son, se incrementan las razones para no dudar de la justificación de esa diferencia de trato legal.

En la medida en que la Ley trata de constituir un instrumento, en cuya composición interna no se inserta el sindicato, que queda fuera de su estructura y de su función, y que ese instrumento trata de servir, desde exigencias de neutralidad y profesionalidad, un fin de aligeramiento del trabajo de la jurisdicción, resultaría infundada la negación de que esa participación sindical no merezca en rigor el calificativo de participación institucional, que las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1990 y 32/1990 negaban a la participación en las extinguidas Comisiones de Elecciones Sindicales. Por el contrario, aceptada para la intervención en la designación de los árbitros la calificación de auténtica participación institucional, es visto que el tratamiento diferencial en ella entre sindicatos representativos y no representativos, responde a una justificación objetiva y razonable y proporcionada al fin de la norma, sin que advirtamos ningún signo de vulneración de los artículos 14 y 28.1 CE en esa diferencia.

Después de la larga reflexión que precede estamos ya en condiciones de responder directamente a las alegaciones contenidas en el fundamento de derecho 5.º de la demanda del recurso acumulado 677/1994.

Nada tenemos que objetar a la alusiva al significado genérico del arbitraje como “equivalente jurisdiccional”, según la doctrina del Tribunal Constitucional, si bien debamos salir al paso de la insinuación de que las resoluciones del Tribunal Constitucional que al respecto se citan (SSTC 62/1991 [RTC 1991, 62] y 228/1993 [RTC 1993, 228] y ATC 28 octubre 1993; por cierto, la STC 228/1993, en ningún lugar de su fundamentación jurídica alude al arbitraje, lo que evidencia el error de su cita) revelen la existencia de una doctrina constitucional, según la cual el arbitraje es admisible siempre que se cumplan dos condiciones: la voluntariedad de las partes a la hora de someter la solución de la controversia a arbitraje y la imposibilidad del árbitro de ejecutar el laudo.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional citadas al respecto (SSTC 62/1991 y 228/1993 y ATC 28 octubre 1993) en absoluto prestan base para una doctrina de tal tipo, lo que supone que el eventual desajuste del arbitraje aquí cuestionado a esos rasgos genéricos (en realidad en este caso al de la voluntariedad del arbitraje) no supone de principio ningún rasgo indiciario de la inconstitucionalidad del precepto que nos ocupa.

Lo más que puede sostenerse es que un arbitraje que no es voluntario puede no corresponder a la institución de ese nombre; pero esto no comporta que la institución de un arbitraje obligatorio deba considerarse, por esa sola cualificación, como vulneradora del derecho de tutela judicial efectiva, lo que es algo distinto. Sobre el particular nos remitimos a lo ya expuesto en el fundamento de derecho sexto.

Por ello, la alusión a la STC 11/81 y a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10.1 del RD-Ley 17/1977 la estimamos inoperante a efectos del enjuiciamiento de la constitucionalidad del arbitraje aquí cuestionado, aunque sea obligatorio.

Las consideraciones expuestas respecto al arbitraje en la referida sentencia —que lo son en relación en el artículo 10.1 y artículo 26 del RD-Ley 17/1977 (FF. 19 y 24)—, no abordan ningún análisis de esos arbitrajes desde el punto de vista constitucional en que ahora nos situamos: el del artículo 24 CE, sino desde el artículo 37 CE; de ahí la violencia lógica que supone la traslación de unas valoraciones, hechas desde dicho ángulo de análisis, a un proceso, en que el derecho fundamental cuestionado es otro.

Con todo, incluso puede encontrarse en dicha sentencia, frente a la tesis de la parte, la existencia de una cierta base para entender que el Tribunal Constitucional no ve en el dato de la obligatoriedad del arbitraje ningún inconveniente para su consideración como tal. Así induce a entenderlo el pasaje en el que se dice (en relación obvia con el art. 10.1 del RD-Ley 17/1977), lo siguiente:

“No puede decirse lo mismo de la facultad que se le reconoce al Gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de determinación de la huelga. No por ser obligatorio deja de ser arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe.”

Resulta arbitrario sostener que, como en este caso no se dan las circunstancias excepcionales que justifican el arbitraje obligatorio, *ex* artículo 10.1 RD-Ley 17/1977, el arbitraje instituido para las elecciones sindicales pueda ser constitucionalmente cuestionable, pues la consideración de esas circunstancias en la sentencia citada tiene relación con el hecho de que el arbitraje se imponga para la conclusión de una huelga; y eso, nada tiene que ver con los problemas que pueda suscitar la relación entre el artículo 24 CE y un arbitraje, que se introduce con carácter general para la solución de conflictos derivados de las elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

En cuanto a la alusión a la imparcialidad de los árbitros, y a la utilización de ese elemento, extraído de la STC 11/1981, para cuestionar el arbitraje que ahora nos ocupa, aparte de la violencia lógica de esa traslación, según se indicó, ocurre que precisamente el artículo 76.3, párrafo 2.º, de la LET establece como principios para la designación de los árbitros los de “neutralidad y profesionalidad”, ordenando en el ap. 4 un régimen de abstención y recusación. En tales circunstancias la imparcialidad del árbitro, en su configuración legal, resulta incuestionable.

No estimamos correctas las alegaciones de la recurrente, al analizar el mecanismo legal de designación de los árbitros, cuando se refiere a la eventualidad de que los sindicatos con participación posible en el nivel del conflicto, llamados a designar de común acuerdo los árbitros, nieguen ese acuerdo, elevando el nivel de formalización del mismo, de modo que en ese nivel superior ya participen menos sindicatos que los que podrían hacerlo en el nivel inferior, que quedarían así excluidos, con lo que con sucesivas elevaciones de niveles se llegaría al nivel estatal, en el que sólo los sindicatos más representativos en el mismo serían los que podrían hacer la designación de común acuerdo, en perjuicio de los derechos de los demás sindicatos, si así conviene a la estrategia de los más representativos.

En primer lugar, no se trata tanto de un análisis del texto de la Ley, cuanto de una conjetura sobre posibles maniobras de su aplicación, lo que no consideramos adecuado. Pero es que en todo caso la idea de la posible elevación sucesiva de niveles respecto del nivel del conflicto no se acomoda a los términos de la ley.

En ella no tiene cabida la precisión de que el nivel en el que se adopta el acuerdo de designación de los árbitros pueda ser superior al nivel en el que el conflicto se suscita.

Si se advierte que en el artículo 76.1 de la LET se excluyen del trámite del procedimiento arbitral las denegaciones de inscripción, y se tiene en cuenta simultáneamente el objeto de la impugnación posible en el procedimiento arbitral, que se define en el apartado 2 de ese mismo precepto, resulta claro que el conflicto a decidir en el procedimiento arbitral se sitúa en el nivel del centro de trabajo, sin que tenga posibilidad de aplicación esa teoría de pretendidas elevaciones del nivel en el que se designan los árbitros, para excluir así de la participación en ella a sindicatos no deseados.

Según los términos del artículo 76, el nivel en el que los sindicatos pueden designar los árbitros debe ser precisamente el del conflicto, sin posibilidad de elevaciones a otros niveles, y en ese nivel pueden participar (invirtiendo el orden de la escala de representatividad que se contiene en la ley, para mejor responder al planteamiento de la recurrente) desde los sindicatos que tienen en la concreta empresa en que se celebran las elecciones al menos el diez por cien de los delegados de personal

o miembros de los Comités de la empresa, pasando por los que tienen ese mismo porcentaje de representación en el ámbito funcional o provincial, hasta los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma o estatal.

No estimamos tampoco ajustadas al sentido de las normas cuestionadas las alegaciones críticas relativas al sistema de designación de árbitros por la autoridad laboral, en defecto del acuerdo unánime de los sindicatos. En este punto es ya la norma reglamentaria (art. 31.2 RD 1844/1994) la que contiene la regulación precisa, pues en las otras hipótesis de designación el artículo 31, en sus apartados 1 y 2, no hace sino reproducir lo dispuesto en el artículo 76.3 de la LET.

Conviene observar que, relacionando los artículos 31.3 y 32 del Reglamento cuestionado, resulta que las demarcaciones geográficas, a que se refiere el primero, son las provincias, y que por tanto los sindicatos a los que la autoridad laboral ofrecerá participación en la designación de los árbitros serán los que en ese nivel provincial tengan la representatividad exigida por la norma; esto es, además de los más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, los que en la provincia tengan al menos una representación del diez por cien.

No se ajusta por tanto a la realidad la argumentación crítica de la parte de que "con ello, dos partes interesadas (autoridad laboral y sindicatos más representativos), que se verán afectadas por la decisión arbitral, intervienen en distinto grado en el nombramiento de los árbitros, mientras que la voluntad del resto de las partes afectadas (sindicatos que no ostenten la condición de más representativos y funcionarios de la unidad electoral [sic]) se ven privados de intervenir en la designación del árbitro...".

Ni la autoridad laboral puede considerarse como parte interesada, sino como tal autoridad, ni es cierto que sólo participen los sindicatos más representativos, pues, según se ha indicado antes, tienen también participación los simplemente representativos a nivel provincial, con lo que se amplía sensiblemente el círculo de los llamados, ni tiene sentido la alusión a los funcionarios en el RD 1844/1994.

En cualquier caso, el que sean más o menos los sindicatos llamados, nada tiene que ver con la imparcialidad del árbitro; por lo que es rechazable la conclusión que la parte extrae del párrafo antes acotado de que "el principio de imparcialidad resulta de imposible aplicación".

En especial no podemos compartir la tesis (ligada por la parte a su negación de la imparcialidad de los árbitros por la participación de sólo ciertos sindicatos en su designación, y como remate del peligro que esa falta de imparcialidad comporta) de "que los laudos dictados por estos árbitros serán cuasi irrecurribles, al ser extraordinarias y tasadas las causas que posibiliten el acceso al recurso judicial en esta materia, por imperativo del artículo 128 de la Ley de Procedimiento Laboral", planteamiento ampliamente desarrollado en el fundamento analizado.

Para negar este aserto basta con que nos remitamos aquí, sin necesidad de inútiles reiteraciones, a lo que expusimos en el fundamento de derecho 6.º, cuando en él se analizaban el sentido del artículo 128 LPL, y la total apertura por él, sin limitaciones, del acceso a la jurisdicción, con plenas facultades de ésta para el enjuiciamiento del conflicto en que previamente han intervenido los árbitros.

El que la duración del mandato de los árbitros sea de cinco años y que pueda haber sindicatos que a lo largo de ese mandato puedan haber alcanzado el grado de representatividad preciso para participar en el procedimiento de designación, y no tengan, no obstante, la oportunidad para designarlo, más allá de la constatación del hecho no revela en modo alguno discriminación entre sindicatos, pues es lógico que los cargos tengan una duración, y que no influya en ella el dato de la modificación de la representatividad de los sindicatos a lo largo de la misma, ya que de lo contrario sería sencillamente imposible ninguna estabilidad de esos cargos, lo que es contrario a la mínima lógica funcional de éstos.

No es finalmente cierta la alegación de que la citada duración del mandato de los árbitros sea "para un período superior al contemplado en la Ley 11/1994", lo que revela que, al censurar lo dispuesto en el artículo 33 del RD, al que esa crítica se refiere, no se ha tenido en cuenta lo que dispone el artículo 76.3, párrafo 3.º, de la

LET, que dice: "La duración del mandato de los árbitros será de cinco años, siendo susceptible de renovación."

Por último, sobre la alusión final del motivo analizado a las SSTC 7/1990, 32/1990 y 183/1992 (RTC 1992, 183), en abono de su tesis de la discriminación, basta que nos remitamos a lo ya expuesto antes (fundamento de derecho 7.º) a propósito de la diversidad de sentido de las cuestiones enjuiciadas en las dos primeras sentencias y la que ahora nos ocupa. En cuanto a la traslación de la doctrina de la última sentencia a la solución de este caso, la estimamos igualmente inadecuada, por las mismas razones que se expusieron en cuanto a las otras, de las que en especial debe destacarse que no se puede asimilar la participación directa de los representantes de los sindicatos en una Comisión, llamada a resolver intereses y pretensiones patrimoniales encontradas, con la posición externa de los sindicatos respecto a la función arbitral, realizada por árbitros para los que la Ley exige la imparcialidad.

Fuera de los pretendidos vicios de inconstitucionalidad, rechazados en la argumentación precedente, nada se dice (salvo lo relativo a la duración del mandato de los árbitros) sobre la adecuación de los preceptos reglamentarios cuestionados a la ley que les sirve de soporte, sin que advirtamos en los mismos el más mínimo desajuste. Debemos, pues, rechazar la impugnación de dichos preceptos.

El fundamento de derecho sexto de la demanda del recurso acumulado 677/1994, alega la "inconstitucionalidad por vulneración de los derechos de igualdad y de libertad sindical del sometimiento de todos los sindicatos con capacidad de promoción de elecciones al calendario que elaboren con carácter exclusivo y excluyente los sindicatos más representativos", lo que se refiere a la Disposición Transitoria Tercera del RD 1844/1994.

La argumentación de este fundamento de demanda adolece de una cierta oscuridad, en cuanto a la determinación del texto normativo objeto de la crítica, si la Ley o el Reglamento.

Lo que se impugna en él es que la disposición transitoria referida, de la que hace una transcripción parcial, "asigna con carácter exclusivo y excluyente a los sindicatos más representativos facultades para establecer un calendario de celebración de elecciones a lo largo del período electoral en los correspondientes ámbitos funcionales y territoriales".

Si se lee esa disposición reglamentaria no se encuentra en ella ese preciso contenido, que no pertenece al Reglamento, sino a la Ley, y en concreto al párrafo 1.º del núm. 2 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 11/1994.

Siendo ello así, nos deberíamos plantear si debiéramos reproducir aquí lo que a propósito de la impugnación del artículo 2.4 del Reglamento dijimos en el fundamento de derecho 4.º de esta sentencia.

En este caso no está tan claro, como en el caso del impugnado artículo 31, que el precepto reglamentario sea reproducción del correspondiente precepto de la Ley, y que en sí tenga un contenido susceptible de enjuiciamiento directo desde parámetros de constitucionalidad. Se suscita más bien la duda de si son diferenciables los contenidos de la Ley y el Reglamento, y de sí, ateniéndonos al enjuiciamiento exclusivo de éste, como corresponde a la jurisdicción que tenemos atribuida, ese enjuiciamiento no debe servir de pretexto para que podamos pasar al de la Ley que el precepto reglamentario desarrolla, aunque no reproduce.

Pero tampoco está tan clara esa segunda alternativa, pues la explícita remisión del punto 1 de la transitoria citada al apartado 2, tercer párrafo, de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley, y la imposición en la norma reglamentaria de la prevalencia del calendario, que es consecuencia inmediata del derecho al que se refiere el apartado 2, párrafo 1 (el aquí cuestionado), supone una tan íntima trabazón del precepto reglamentario y del de la ley, que es difícil aislar un contenido exclusivo de éste, para entender que en él no se integra el derecho de establecimiento de calendario electoral, y que podamos enjuiciar ese contenido reglamentario, aunque por ser reproducción, explícita o implícita, del de la ley ese enjuiciamiento, en su caso, deba conducir al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Aceptando, pues, la posibilidad del análisis que la recurrente nos propone, el fundamento, en síntesis, sostiene que, por razón de lo dispuesto en los artículos 6.3.e) y 7.2 de la LOLS, los sindicatos simplemente representativos están facultados para la promoción de elecciones de delegados de personal y de comités de empresa en los ámbitos en que ostenten esa representatividad, y que el precepto impugnado les priva de esa facultad, aunque sea transitoriamente, al introducir la posibilidad de establecer calendarios electorales por acuerdo mayoritario de los sindicatos más representativos. En tesis de la parte, se vacía de contenido el derecho de libertad sindical, en el contenido adicional de su núcleo esencial, integrado en el derecho fundamental, regulado por la LOLS, con lo que se vulneraría lo dispuesto en el artículo 53 CE, que vincula a todos los poderes públicos a respetar el contenido de los derechos fundamentales consagrado en la Constitución.

Así planteada la cuestión, no vemos que se prive de ningún derecho a los sindicatos simplemente representativos, si se advierte que aparte de consagrarse en la ley la posibilidad de fijación de calendarios electorales, se garantiza la prevalencia de las promociones anteriores al depósito del calendario electoral (Disposición Transitoria Segunda.2, párrafo 4.º, de la Ley 11/1994). Según ello es sólo después del depósito del calendario electoral, cuando propiamente se obstaculizará el ejercicio de la facultad de promoción de elecciones por parte de los sindicatos que la tengan legalmente reconocida.

Más debe advertirse que, más que de privación de esa facultad, de lo que se trata es de la eliminación de la oportunidad de su ejercicio, por la anticipación en ella de una facultad similar por parte de otros sindicatos, que también la tienen conferida. La parigal titularidad de la facultad de promoción de elecciones entre los sindicatos que la tienen reconocida supone, en todo caso, que el que se anticipa en la promoción respecto a una empresa frustra la posibilidad del ejercicio de su facultad respecto a la misma empresa por los demás sindicatos. Siendo ello así, es perfectamente posible que un sindicato se anticipe a los demás en la promoción múltiple y masiva de elecciones, posibilidad aceptada como legal por la Sentencia de la Sala 4.ª de este Tribunal de 11 abril 1991 (RJ 1991, 3263) (rec. 1033/1990), sin que ello lesione el derecho de los demás. Sobre tal base, la fijación del calendario de elecciones por acuerdo mayoritario de los sindicatos más representativos no es sino una manifestación de esa facultad de promoción masiva que ya tienen, sin que con ello se cree un perjuicio de los sindicatos simplemente representativos, ninguna traba para el ejercicio de las facultades de promoción de elecciones por éstos, que antes no pudiera existir. Mas esa facultad antes existente se reaccionaliza y limita, impidiendo que sea un solo sindicato el que la aprovecha y sometiéndola a un acuerdo mayoritario. Si a eso se une la transitoriedad propia de la norma, se desvanecen las posibles apariencias de que se vacíe de contenido el derecho de los sindicatos simplemente representativos, como la recurrente sostiene.

No vemos así vicio alguno de inconstitucionalidad en los preceptos reglamentario y legal referidos, siendo por lo demás acorde el primero al segundo, por lo que no estimamos procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que la recurrente sugiere, y debemos rechazar la impugnación del precepto reglamentario.

Por todo lo expuesto debemos desestimar en su totalidad el recurso contra el RD 1844/1994.» (Sentencia de 2 de enero de 1996, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 163.)

VII. SANCIONES

Potestad sancionadora de los Colegios Profesionales.

Vid. II.A). (Sentencia de 8 de marzo de 1996, Ar. 2267.)

VIII. URBANISMO

Planeamiento. Suspensión de licencias. Debe entenderse limitada la facultad de suspender el otorgamiento de licencias a los supuestos de parcelaciones, edificaciones o demoliciones.

«En cuanto a las alegaciones del también apelante Ayuntamiento de Barcelona, las de éste tendentes a lograr la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación del recurso contencioso-administrativo de referencia en su integridad, las mismas carecen de la virtualidad necesaria para que su pretensión pueda ser acogida, motivo por el que se impone la desestimación de su apelación y la confirmación de dicha sentencia. En efecto, por una parte, tanto la legislación estatal, artículo 27 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 abril 1976, artículos 117, 118 y 120 del Reglamento de Planeamiento de 23 junio 1978 y artículo 8 del Real Decreto Ley 16/1981, de 16 octubre, como la legislación autonómica catalana, artículos 3.º, 4.º y 5.º de la Ley 3/1984, de 9 enero, de medidas de adecuación al Ordenamiento Urbanístico de Cataluña, y artículos 7.º y siguientes del Reglamento de esta Ley, aprobados por Decreto 146/1984, de 10 abril, son coincidentes en disponer la potestad de suspensión del otorgamiento de licencias, sea la misma a ejercitar con motivo del estudio de la formación o modificación de un instrumento de planeamiento o con ocasión de la aprobación inicial del mismo, suspensiones facultativa la primera y automática la segunda, exclusivamente con referencia a las de parcelación de terrenos, de edificación y de demolición, y por otra parte, esta limitación objetiva no puede entenderse ampliada en el sentido que pretende el apelante ni por el apartado a) del número 1 del precitado artículo 117 ni por el número 2 del artículo 12 del referido Reglamento 10 abril 1984, por cuanto el primero, al especificar que la suspensión se referirá a “áreas o usos comprendidos en el territorio que se prevé que abarcará futuro plan”, y el segundo, al disponer que los acuerdos de suspensión explicitarán su alcance cuando se limiten a “la concesión de licencias referidas a determinado uso” no hacen sino imponer la necesidad de concretar el alcance de la suspensión de licencias, ya para áreas o ya para usos determinados, pero siempre dentro del marco preestablecido, es decir, parcelaciones, edificaciones o demoliciones, circunscribiendo éstas a territorios o usos concretos, sin que a su amparo pueda entenderse ampliada una potestad concedida para determinadas licencias y que como restrictiva de los derechos de los particulares nunca puede ser interpretada extensivamente.» (Sentencia de 29 de enero de 1996, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 215.)

IX. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Recurso de casación. Supuesto en el que se aplica exclusivamente derecho autonómico. Juicio de relevancia. Votos particulares.

«No hay obstáculo para que, no apreciado un motivo de inadmisión del recurso en la fase procesal específica regulada en el artículo 100 de la citada Ley Jurisdiccional, pueda la Sala al momento de dictar sentencia efectuar pronunciamiento sobre su procedencia, máxime si tal motivo de inadmisibilidad es aducido por la parte recurrida y atañe, como aquí ocurre, a requisito-presupuesto tan esencial y prioritario como el de que la resolución impugnada sea susceptible de recurso de casación, con la sola peculiaridad de que en caso de acogerse al motivo en sentencia el trata-

miento procesal es de desestimación, al no prever el artículo 102 entre los posibles pronunciamientos de la sentencia a dictar por esta Sala el de una eventual admisión. Así pues, debemos examinar si, habiendo sido preparado en tiempo y forma el presente recurso de casación por "Repsol Butano, SA", la Sentencia de 24 octubre 1994 aquí impugnada era susceptible del recurso de casación común u ordinario interpuesto ante esta Sala, lo que niega la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares al oponerse al recurso, con apoyo normativo en lo dispuesto por el artículo 93, apartado 4, de la mencionada Ley de esta Jurisdicción.

El designio de este último precepto se encamina a que la aplicación e interpretación del Ordenamiento jurídico autonómico o, por mejor decir, del Derecho emanado de las Comunidades Autónomas (dado que lo que caracteriza al Ordenamiento jurídico es su esencial nota de unidad y sistema) sea definida jurisdiccionalmente por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, sin acceder por la vía de la casación al Tribunal Supremo, en acomodación a la previsión contenida en el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, desarrollada por los artículos 70 y 58.4.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, de tal suerte que, según el texto del artículo 93.4, solamente se abrirá la vía del recurso de casación, tratándose de sentencias en que se enjuicien actos o disposiciones de las administraciones autonómicas, "cuando el recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia", pues cuando la norma legal o reglamentaria infringida emane de Organos legislativos o de titulares de potestad reglamentaria diversos a los que conforman las Comunidades Autónomas (art. 152.1 de la Constitución), no se agota el pronunciamiento judicial en el ámbito de éstas sino que su correcta aplicación debe acceder, si con arreglo a las restantes normas procesales es pertinente el recurso, al control casacional atribuido a esta Sala del Tribunal Supremo. El punto de inflexión del precepto y de la cuestión procesal en examen, lo constituye, por tanto, el determinar si lo que está en juego —por decirlo abreviadamente— es derecho autonómico o si, por el contrario, además de éste o exclusivamente se controvierte sobre normas estatales o extra-autonómicas, pues solamente cuando esto último suceda será admisible el recurso de casación, siempre y cuando tales normas sean de suficiente entidad como para determinar el sentido del fallo judicial, lo que remite a un juicio de relevancia al que se aludirá más adelante.

El juicio de relevancia se encomienda en un primer momento a la Sala sentenciadora o Tribunal *a quo*, en la fase de preparación del recurso, dado que el escrito preparatorio en estos casos de fiscalización de actos administrativos (como el de liquidación tributaria que nos ocupa) precedentes de una Administración autonómica ha de "justificar", según exige el artículo 96.2 de la Ley de la Jurisdicción, que la norma o normas infringidas no se incardinan en la esfera competencial de ningún Organo de la Comunidad Autónoma y que la aplicación o interpretación de tales normas tiene la suficiente consistencia o entidad jurídica para formar parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, hasta el punto de determinar el signo o sentido del fallo judicial del que se discrepa.

Pues bien, en este caso y con corrección formal no susceptible de tacha alguna, la parte recurrente preparó el recurso de casación mediante escrito en que se hacía constar como derecho estatal infringido por la sentencia impugnada el constituido por dos bloques normativos, a saber: *a*) la Constitución, en sus artículos 31 y 133, en relación con el apartado 2 del artículo 6.º de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), como integrante del llamado "bloque de constitucionalidad"; y de otra parte, *b*) el Real Decreto 1085/1992, de 11 septiembre (se cita por error la fecha de 11 de noviembre), en relación con las restantes normas estatales reguladoras de la adaptación y posterior supresión del Monopolio de Petróleos. Así las cosas, hemos de apresurarnos a añadir que si todas o alguna de estas normas, invocadas como infringidas (motivo 4.º de los enunciados en el artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional), superan el juicio de relevancia en el sentido antes expuesto, es decir, si tales normas son relevantes y determinantes del fallo judicial impugnado, será admisible el recurso de casación promovido por "Repsol Butano, SA",

pues se dará la hipótesis excepcional que introduce el artículo 93.4 de dicha Ley para la viabilidad formal del recurso. No así sucederá si ninguna de dichas normas del Ordenamiento jurídico estatal —y por tanto susceptibles de unificación a través de la jurisprudencia que forme en casación esta Sala del Tribunal Supremo— han constituido *ratio decidendi* de la sentencia y no han sido determinantes del fallo judicial impugnado, pues en tal caso éste habrá obedecido a la sola y decisiva aplicación e interpretación de normas integrantes del Derecho autonómico, como son en el presente caso la Ley 12/1991 del Parlamento de las Islas Baleares de creación del tributo cuestionado y sus normas reglamentarias de desarrollo, tales el Decreto 81/1992 del Gobierno Balear y la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 23 noviembre 1992, último escalón normativo regulador del Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente.

El Real Decreto 1085/1992, de 11 septiembre, que aprobó el Reglamento de la Actividad de Distribución de gases licuados del petróleo, en lo concerniente a su disposición adicional 1.ª, y la Ley de las Cortes Generales 34/1992, de 22 diciembre, sobre Ordenación del sector petrolero, en cuanto a su disposición adicional 5.ª, no constituyen derecho estatal de directa y decisiva influencia en el fallo desestimatorio pronunciado por la Sala de instancia en la sentencia impugnada. En efecto, estas normas, que se insertan en el tramo final de la regulación, hasta su extinción, del Monopolio de Petróleos, fueron aducidas en el proceso por la Empresa contribuyente para fundar en ellas la pretendida aplicación de la exención contenida en los artículos 4.º de la Ley autonómica y 6.º de su Reglamento aplicativo, exención reclamada ya en la vía económico-administrativa. Pero la mención, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada, del Real Decreto 1085/1992 tan sólo es argumento para negar la concurrencia de uno de los requisitos necesarios para obtener el beneficio fiscal, es decir, para contradecir la tesis de "Repsol Butano, SA" de que su única actividad era la de suministro y venta de los gases petrolíferos a los consumidores y usuarios finales del producto, o sea, la venta al por menor, por entender el Tribunal *a quo* que también dicha Empresa actuaba en el territorio insular de Baleares como mayorista, atendida la consideración de la inscripción de oficio que como tal mayorista y "Operador de GLP" (art. 2.º del citado Real Decreto) ordenaba realizar en cuanto a "Repsol Butano" la Disposición adicional 5.ª de esta norma reglamentaria. Si este requisito hubiera sido el único para gozar de la exención, su procedencia o improcedencia con apoyo en dicha norma reglamentaria y la convalidatoria de la Ley 34/1992 hubieran abierto, en cuanto normas estatales determinantes del fallo, el recurso de casación ante esta Sala. Pero ha de notarse que junto a este requisito se exige, como más claramente resulta del artículo 6.º.4.a) del Decreto 81/1992 del Gobierno balear, el de que la persona jurídica sujeto pasivo del impuesto sólo tenga titularidad de depósitos para almacenamiento de productos destinados a la venta al por menor, siendo así que, según apreciación de la Sala de instancia no combatida —ni siquiera aludida— en el recurso de casación, la citada empresa ostentaba también titularidad sobre otros elementos patrimoniales integrantes de sus instalaciones, de los comprendidos en el artículo 1.º.2 de la Ley autonómica; de tal manera que, aun aceptando a título de mera hipótesis que la Empresa recurrente se limitase a comercializar sus productos en régimen minorista, siempre quedaría subsistente la ausencia del otro requisito o circunstancia condicionante de la controvertida exención, regido por normativa autonómica, y del que no se efectúa discrepancia alguna por la Entidad mercantil recurrente.

Hemos de concluir, pues, que el segundo de los dos bloques normativos aducidos como derecho estatal de relevante y decisiva influencia en el fallo judicial impugnado, constituido por normas legales y reglamentarias del sector petrolífero, no suministra base suficiente para abrir la vía casacional emprendida por aquélla, conforme a lo dispuesto por el artículo 93.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

Como hemos dejado constancia en el fundamento primero, la Empresa contribuyente no impugnó el acto de liquidación fiscal, ni en vía económico-administrativa ni en la ulterior contencioso-administrativa, con base en infracción de preceptos constitucionales o del bloque de constitucionalidad, sin siquiera citar en el escrito

de demanda el artículo 6.º 2 de la LOFCA, por lo que mal puede reputarse como infringida una normativa que no fundó la pretensión actora y que no fue objeto de debate en el litigio. Y no se diga que la sentencia incorporó, de oficio, un juicio positivo de constitucionalidad de la Ley autonómica 12/1991, porque en el fundamento IV de aquélla no se contiene en rigor sino una remisión fragmentaria a la argumentación o motivación de la anterior Sentencia de la Sala de Baleares de 4 de febrero de 1994, en cuyo recurso sí fue expresamente postulado por "Repsol Butano, SA", al impugnar directamente las normas reglamentarias autonómicas sobre el Impuesto que nos ocupa, que la Sala propusiera la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Si el recurso de casación es una impugnación dirigida frente a la sentencia y la aplicación —o inaplicación— en ella realizada de normas para decidir el caso, es menester para que pueda hablarse de normas infringidas que éstas hayan sido consideradas por el Tribunal *a quo*, razonando sobre su inteligencia y aplicación al caso debatido, de tal manera que ofrezcan a la parte desfavorecida por la sentencia un punto de referencia para fundar la discrepancia aplicativa o interpretativa con base en el motivo 4.º del art. 95.1 de la Ley Jurisdiccional, abriendo así el acceso al Tribunal Supremo para que éste, en sede casacional, determine la correcta aplicación de tales normas y establezca jurisprudencia. Por ello, si el escrito de interposición de este recurso de casación tiene como núcleo esencial y casi único, diríamos (no en balde la propia parte recurrente califica de motivo subsidiario el desarrollado en los apartados o epígrafes undécimo, duodécimo y decimotercero de dicho escrito), la supuesta conculcación por la sentencia impugnada de los artículos 14, 31 y 133 de la Constitución y el artículo 6.º de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), ello exige que la sentencia haya razonado sobre tales preceptos constitucionales o del bloque de constitucionalidad, en el sentido —que es el combatido y extensamente argumentado en el escrito del recurso— de que el Impuesto autonómico en litigio no tiene como hecho imponible gravado la mera actividad económica y consiguiente beneficio de la empresa o persona jurídica sujeto pasivo de aquél y no se da la duplicidad impositiva que proscribe el artículo 6, apartado 2.º, de la citada LOFCA; pero esta cuestión queda por completo extramuros de la sentencia y ajena a su fundamentación. No hay en ella, pues, aplicación de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad que pudieran permitir la casación, con base en el artículo 93.4 de la Ley de esta Jurisdicción.

La Sala entiende, que la invocación que por vez primera se hace en el proceso administrativo de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre la repetida Ley del Parlamento balear creadora del tributo sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, no puede ser atendida ni cabe reputarla como motivo casacional que abriera la vía de un recurso inadmisibles, según se ha razonado. Es cierto que en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, atribuido en exclusiva al Tribunal Constitucional —art. 161.1.a), y en cuanto a leyes autonómicas art. 153.a), ambos de la Constitución—, los Organos judiciales desempeñan un importante cometido de colaboración y de depuración del Ordenamiento jurídico a través de la proposición de la llamada cuestión de constitucionalidad, a tenor del artículo 163 de la Norma Suprema y de los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. Y es también verdad que, en cualquier proceso, incluida la casación, el Tribunal competente para decidirlo puede y aun debe, incluso de oficio, plantear la referida cuestión, si hay pugna inconciliable entre la ley decisiva para el caso y la Constitución. Pero no es menos cierto que ello será así cuando los presupuestos exigidos por las leyes procesales se cumplan y permitan el acceso al proceso o al recurso, de tal manera que si éste es inadmisibles mal podrá solicitarse del Tribunal que proponga su "duda de constitucionalidad", pues para que exista prejudicialidad tiene que existir un proceso abierto y en curso. Por otra parte, la cuestión de inconstitucionalidad no reviste el carácter de pretensión o acción para las partes, como se desprende del régimen contenido en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ha declarado esta Sala en su Sentencia de 16 de septiembre de 1992, en materia de normativa autonómica tributaria.

Como obligada consecuencia de lo expuesto, si no es admisible la casación promovida por "Repsol Butano, SA" por no ser susceptible de tal recurso la sentencia impugnada (art. 93.4 de la Ley Jurisdiccional), esta Sala no se encuentra legalmente habilitada para trasladar o proponer la cuestión prejudicial al Tribunal Constitucional. La conclusión contraria implicaría formular el juicio de constitucionalidad, por parte de esta Sala, en abstracto y no en relación con el concreto caso al que aquélla sirve con carácter instrumental, al no poder examinar la única —hemos de insistir— cuestión litigiosa realmente controvertida, cual es la exención tributaria denegada por los actos administrativos objeto del proceso.

No es obstáculo a lo antes razonado lo prevenido en el artículo 5.º, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues insertándose la Constitución, como primera norma, en el Ordenamiento jurídico, el precepto recoge —quizás insistiendo en el carácter de aplicación directa del texto constitucional, rompiendo así con un tradicional y abandonado esquema de mero carácter programático— la conclusión lógica y por ello obligada de que la casación puede fundarse con exclusividad en infracción de precepto constitucional. Pero el propio texto de dicha norma precisa que ello será así "en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación", pues cuando éste no proceda, por inadmisión, ni la infracción de precepto constitucional puede fundar un recurso inexistente, ni menos aún puede servir de base para abrir la vía casacional improcedente la denuncia o advertencia de las partes para el planteamiento por el Tribunal *ad quem* de cuestión de inconstitucionalidad de leyes sean éstas estatales o autonómicas, siendo así que, como establece la Sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo de 18 de abril de 1982, la negativa o rechazo por el Tribunal de instancia a proponer la cuestión prejudicial no constituye *per se* motivo casacional sustantivo o autónomo, que requiera respuesta jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo, sin que quepa hablar, como hace la parte recurrente, de conculcación por la sentencia de instancia del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ni encaje con naturalidad en el ámbito procesal de la casación la finalidad última perseguida con el recurso que ahora resolvemos, paladinamente confesada en el escrito de interposición cuando se afirma: "Esta inicial aproximación al objeto material de la presente impugnación casacional ya revela que lo que se solicita de esa Sala es el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en relación con la Ley del Parlamento Balear 12/1991, de 20 de diciembre", lo que lleva a la parte recurrente a formular, tras el suplico, la petición contenida en el primer otrosí de que se eleven las actuaciones al Tribunal Constitucional al amparo de lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica reguladora del mismo, erigiendo así en esencial fundamentación del recurso de casación el juicio sobre la constitucionalidad de la Ley tantas veces citada.

La tesis expuesta, que conduce a la inadmisión y en este momento procesal a la desestimación del recurso, no puede quedar enervada por el criterio contenido en Sentencia de esta propia Sala en Pleno de 23 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 10352), pues ésta recayó en recurso de apelación que traslada en plenitud de cognición la materia debatida al Tribunal *ad quem*, con independencia de que en el caso de aquella sentencia en la demanda y en el pleito se reprochó al Reglamento autonómico la conculcación de varios preceptos y principios constitucionales y del derecho comunitario europeo, siendo la perspectiva del control jurisdiccional la de legalidad y constitucionalidad de una norma reglamentaria, mientras que en este recurso de casación el objeto procesal en la instancia quedó constreñido, según se expuso, a la validez de un acto administrativo de liquidación tributaria.

Al no ser la sentencia impugnada susceptible de recurso de casación, éste deviene inadmisión, con arreglo a los artículos 93.4 y 100.2.a) de la Ley de esta Jurisdicción, procediendo dictar sentencia desestimatoria, con la imperativa imposición de costas a la parte recurrente según previene el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción, según redacción dada por la Ley de Reforma Procesal 10/1992, de 30 abril.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Ricardo Enríquez Sancho en el recurso de casación núm. 8106/1994, al disentir de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo con fecha 24 de enero de 1996, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por «Repsol Butano, SA» contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 24 octubre 1994, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. don José María Ruiz-Jarabo y Ferrán, don Emilio Pujalte Clariana, don Carmelo Madrigal García, don Enrique Cancer Lalanne, don Ramón Trillo Torres, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Pedro José Yagüe Gil, don Jesús Ernesto Peces Morate y don Manuel Garzón Herrero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Esta Sala, constituida por todos sus Magistrados, conforme al artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictó Sentencia de 23 noviembre 1994 en la que, reunida a fin de unificar criterios en todas las Secciones con ocasión de un recurso de apelación en el que se planteaban cuestiones relativas al control jurisdiccional de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas, declaró que el principio de jerarquía normativa, pese a estar reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución, no podía invocarse con éxito para provocar la admisión de un recurso de apelación contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia en la que había tratado sobre la adecuación de un Reglamento Autonómico a una Ley de esa misma naturaleza, pero, en cambio, que sí era factible que la Sala valorara la posible adecuación de la Ley autonómica de cobertura a otros preceptos constitucionales a fin de, si ese juicio sobre la constitucionalidad de dicha Ley resultara negativo, plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En dicha sentencia recayó un voto particular en el que se sostenía la procedencia incluso de admitir el recurso interpuesto, en base al artículo 9.º3 de la Constitución, a fin de controlar el ajuste del Reglamento impugnado con su ley de cobertura, aunque ambas fueran disposiciones autonómicas.

En definitiva, la Sala constituida en Pleno entendió que la invocación de preceptos constitucionales afectantes a una ley de cobertura justificaba la admisión del recurso interpuesto, sosteniendo el voto particular no una postura contraria a ésta, sino otra menos restrictiva en cuanto a la admisión, puesto que propugna incluso el control del ajuste del Reglamento a su Ley de Cobertura, por aplicación del artículo 9.º3 de la Constitución.

La sentencia de la Sala de la que ahora discrepamos se aparta de este criterio sin ofrecer, a nuestro juicio, razones suficientes.

No es razón suficiente el que aquella sentencia correspondiera a un recurso de apelación, que traslada el Tribunal *ad quem* la plenitud de cognición de la materia debatida porque, plena o limitada dicha cognición, la decisión de ese Tribunal debe producirse en un recurso admisible y, en punto a la admisión, el artículo 58.1 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, contenía, respecto al recurso de apelación, una regulación equivalente a la que, para el recurso de casación, establece el artículo 93.4 de la Ley Jurisdiccional. Como tampoco lo es que aquella sentencia fuera dictada en un recurso directo y ahora nos encontremos ante la impugnación de una liquidación tributaria, pues, conforme a su artículo 39.2, ningún obstáculo existe para que con ocasión de un acto de aplicación, se planteen ante la Sala todas las cuestiones que, a juicio de la parte recurrente, afecten a la conformidad del Reglamento aplicado con el ordenamiento jurídico (independientemente de la limitación en cuanto a las alegaciones relativas a los vicios de

forma en la elaboración de la disposición de carácter general aplicada, que es algo que no se discute en el presente recurso). Desde la perspectiva del control de la constitucionalidad de una ley, tanto da que la duda se suscite en la impugnación directa de un reglamento que la desarrolla como de un acto administrativo de aplicación inmediata de éste y mediata de aquélla.

Lo que diferencia realmente el supuesto debatido en la citada Sentencia de 23 noviembre 1994 y el contemplado ahora es, a juicio de la opinión mayoritaria de la Sala, que el recurrente no ha suscitado duda alguna sobre la constitucionalidad de la Ley autonómica de la que trae causa la liquidación por aquél impugnada, hasta los escritos de preparación e interposición de este recurso de casación, o por lo menos, que no ha hecho aquélla formulación de su duda, en modo procesalmente atendible, sentando así una premisa para todo el posterior discurso con la cual no podemos estar de acuerdo.

En la vía económico-administrativa seguida ante la Junta Superior de Hacienda de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en impugnación de la liquidación girada por el Director General de Hacienda de la Conselleria de Economía y Hacienda de dicha Comunidad, por Impuesto sobre Construcciones que inciden en el Medio Ambiente, "Repsol Butano, SA" combatió la liquidación practicada por entender que no se le había concedido la exención reconocida en el artículo 4.º.3 de la Ley 12/1991, de 20 diciembre, del Parlamento de las Islas Baleares, pero ya advertía que consideraba nula dicha liquidación por resultar nula aquella Ley y el Reglamento que la desarrollaba, reconociendo, sin embargo, que esas pretensiones no podían tener acogida ante el organismo al que se dirigían. Ciertamente, la alegación de la inconstitucionalidad de una ley ante un órgano económico-administrativo es una alegación superflua puesto que el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad está reservado a los órganos jurisdiccionales, por lo que aunque la entidad recurrente no hubiera aducido nada sobre ello en vía económico-administrativa, no habría perdido la oportunidad de alegar sobre el particular en vía jurisdiccional, pero es que "Repsol Butano, SA", desde este primer momento ya mostró su criterio contrario a la constitucionalidad de esa ley.

Contra la resolución desestimatoria de la referida reclamación económico-administrativa, "Repsol Butano, SA" formuló el recurso contencioso-administrativo terminado por la sentencia contra la que se interpone el presente recurso de casación. En el Fundamento V de su escrito de demanda comienza reiterando sus dos motivos de impugnación de la liquidación practicada, la determinación de la base imponible y el no habersele reconocido una exención a la que creía tener derecho. Pero previamente a cualquier otra alegación plantea sus dudas respecto a la legalidad de las disposiciones reguladoras del tributo, remitiéndose a un recurso que en ese momento se encuentra tramitándose ante ese mismo Tribunal, interpuesto por la propia entidad contra el Decreto del Gobierno balear 81/1992, de 5 noviembre, que desarrolla la Ley del Impuesto, así como contra la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 23 noviembre 1992 que desarrolla parcialmente dicho Decreto, recurso en el cual había solicitado a la Sala que plantease ante el Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento balear 12/1991, de 20 diciembre, entre ellos, precisamente, los que se refieren a la determinación de la base imponible.

A continuación se ocupa la demanda de la procedencia de que se le reconozca la exención tributaria regulada en el artículo 4.3 de la Ley balear, pero esto no es como pretensión única sino independiente de lo anterior, "sin perjuicio" y "además" de lo anterior, comienza advirtiéndole al recurrente. Es verdad que lo anterior no es muy extenso pero contiene una evidente remisión a lo alegado en otro recurso que en ese momento se está tramitando ante la misma Sala, por lo que a la entidad recurrente le pareció innecesario reproducir la argumentación, citando únicamente, como precepto específicamente aplicable en este caso, el artículo 39.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, con la obvia precisión de que también en este proceso impugnaba, si bien indirectamente, las disposiciones generales reguladoras del impuesto.

La remisión a lo argumentado en el citado recurso directo hacía inútil cualquier otra alegación relativa a la incorrecta determinación de la base imponible puesto que uno de los motivos de oposición al Reglamento era, no tanto un exceso de éste respecto a su ley de cobertura, como que ésta establecía un método de determinación de la base imponible que significaba en realidad la conversión del tributo en un impuesto sobre el volumen de ventas de la empresa, por lo que habría de plantearse cuestión de inconstitucionalidad.

Así lo entendió la sentencia de instancia, que en su primer Fundamento Jurídico sintetiza los términos en que se encuentra planteado el debate, diferenciando dos motivos de impugnación, uno en el que se reiteran los argumentos ya esgrimidos en el recurso directo entablado contra el Reglamento del impuesto, y otro en el que se pretende la aplicación de la exención reconocida en el artículo 4.º.3 de la Ley. En verdad no hay reproducción de los argumentos ya esgrimidos en el recurso directo, sino pura y simple remisión a ellos, pero para la Sala de instancia eso no es obstáculo a su enjuiciamiento y así, en sus Fundamentos Jurídicos segundo a sexto, "en relación al primer grupo de argumentaciones", como ya ha dictado sentencia desestimatoria en aquel recurso directo, reproduce los razonamientos contenidos en ella, entre los que se encuentran los destinados a rebatir las objeciones que el recurrente había opuesto a la constitucionalidad de los preceptos que en la ley balear se dedican a la regulación de la base imponible. Y aunque su Fundamento Jurídico Séptimo analice lo que denomina "cuestión de fondo" del litigio, relativa a la procedencia de aplicar la exención establecida en el artículo 4.º.3 de la Ley del Parlamento balear 12/1991, ello no significa que los anteriores razonamientos sean superfluos sino que, descartada la dimensión constitucional del debate, no hay en las alegaciones de la entidad recurrente ninguna que pueda oponerse a la validez de la liquidación, salvo las relativas a la procedencia de dicha exención.

Con estos antecedentes, la cita de los artículos 133.2, 14 y 31 de la Constitución y 6.2 y 3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas como motivos de casación, no puede considerarse como una cuestión nueva, traída al proceso con la sola finalidad de provocar la admisión de un recurso que de otro modo sería inadmisibles, sino la lógica consecuencia de la forma en que la parte recurrente, desde sus primeros escritos, ha estado planteando la controversia.

No puede decirse que en este caso la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad estaría vedada por su carácter abstracto, desconectado con la pretensión ejercitada en el proceso. Ni existe en primera instancia ni en este recurso una pretensión contraria a la validez de la citada ley autonómica porque tal tipo de pretensiones está, obviamente, ajena al ámbito de un proceso contencioso-administrativo. En éste se ha ejercitado la pretensión de anulación de una liquidación tributaria y los citados motivos de casación afectan a la validez de la ley reguladora del tributo que ha dado lugar a aquélla, de modo que no se trata de plantear en abstracto una cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que la eventual estimación de dicha cuestión determinaría la nulidad de la liquidación impugnada en este proceso.

Cuando se impugna un acto o disposición de una Comunidad Autónoma por estimar que infringen normas emanadas de sus propios órganos, el artículo 93.4 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción impone un principio de exclusividad en la interpretación del derecho autonómico en favor de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia que tiene, sin embargo, un alcance relativo. El Tribunal Supremo puede verificar la interpretación que de aquel derecho hayan hecho los Tribunales Superiores de Justicia cuando el acto impugnado proceda de alguna Corporación local y puede intervenir, igualmente, cuando a las normas autonómicas se impute la infracción de un precepto constitucional. Si esa imputación se formula respecto a una norma autonómica de naturaleza reglamentaria, su articulación podrá y deberá producirse a través de un concreto motivo de casación en que se citen los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, en cuyo caso ninguna duda existe de que en recurso de casación sería admisible conforme al indicado precepto de la Ley Jurisdiccional, pero si aquella imputación tiene lugar en relación con una ley autonómica, respecto a la cual el Tribunal de instancia ha considerado innecesario plan-

tear cuestión de inconstitucionalidad, es obvio que tal materia no puede articularse como una infracción por la sentencia de instancia del artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, por cuanto la determinación de plantear o no una cuestión de inconstitucionalidad está atribuida a la libre decisión del Tribunal sentenciador (Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1994, de 9 mayo [RTC 1994, 130] y las que en ella se citan). Sin embargo, por lo mismo que aquella negativa no impide que en sucesivas instancias o grados la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser planteada nuevamente (art. 35.2 *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), si se trata de un recurso de casación, el recurrente ha de tener la posibilidad de suscitar otra vez todas las razones que, a su juicio, determinarían la inconstitucionalidad de esa Ley.

Haya o no planteado el Tribunal de instancia cuestión de inconstitucionalidad, si en el proceso y en el recurso de casación se ha puesto en duda la constitucionalidad de una ley, la interpretación que de la Constitución ha hecho el legislador autonómico se encuentra implicada en el proceso y el Tribunal Supremo no puede sustraerse a su conocimiento.

El artículo 5.º.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando dice que "en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del precepto constitucional", significa, naturalmente, que en los casos en que, según las normas procesales pertinentes resulte admisible un recurso de casación el mismo puede fundarse en infracción de precepto constitucional; pero el precepto dice algo más, dice que "en este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualquiera que sea la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional", lo que significa que si en el diseño de esa Ley los Tribunales Superiores de Justicia tienen la última palabra cuando en los procesos de que conocen se trata únicamente de la aplicación de derecho autonómico, no ocurre lo mismo cuando se alega infracción de preceptos constitucionales, en cuyo caso siempre la decisión última en sede jurisdiccional ordinaria corresponde al Tribunal Supremo.

Congruentemente con esto, el artículo 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (párrafo primero *in fine*), atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la competencia para conocer de los recursos de casación interpuestos contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma en los que, conforme al artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiera normalmente su conocimiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en el supuesto de que el recurso se fundamentara en la infracción de un precepto constitucional.

A este esquema responde el artículo 93.4 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en el cual la existencia no sólo de preceptos constitucionales determinantes del fallo de la sentencia, sino de cualesquiera normas no emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma autora del acto impugnado que produzcan ese resultado es, no tanto motivo articulable contra aquella sentencia, como un presupuesto para la admisión de un recurso que, en otro caso, no sería admisible.

Condicionar la aplicación del artículo 5.º.4 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Judicial a que el recurso de casación fuera ya admisible con independencia de dicha fundamentación implica vaciar de contenido esa disposición y supone perturbar el sistema ideado por esa Ley, al que responde el artículo 93.4 de la Ley reguladora de esa Jurisdicción, hasta el punto de que, según esa opinión, no es que excluya al Tribunal Supremo de la interpretación del derecho autonómico, es que se aparta al mismo del conocimiento de las cuestiones relativas a la interpretación que de la Constitución se haga por las Comunidades Autónomas de forma que el juicio negativo sobre la constitucionalidad de las leyes, previo al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, queda reservado en esos casos a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

El presente recurso versa sobre la impugnación por "Repsol Butano, SA" de una liquidación girada por la Consejería de Hacienda del Gobierno balear por Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente, correspondiente al año 1992.

Dicho impuesto ha sido creado por Ley del Parlamento balear 12/1991, de 20 diciembre, en cuya virtud se giró la liquidación impugnada, oponiéndose en su contra, aparte de la infracción del artículo 4.3 de dicha Ley por no haberse concedido a la entidad recurrente la exención que dicho precepto reconocía, diversos argumentos relativos a la vulneración por la ley autonómica de los artículos 14, 31 y 133.2 de la Constitución, este último en relación con el artículo 6.2 y 3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas 8/1980, de 22 septiembre.

La pretensión principal ejercitada por la entidad recurrente era tanto la nulidad de la liquidación impugnada por considerar inconstitucional la Ley balear reguladora de dicho impuesto como por interpretación errónea de su artículo 4.º.3.

La existencia de preceptos constitucionales es, pues, evidente. Su relevancia para la decisión también lo es porque la desestimación del recurso interpuesto deriva, entre otras razones de legalidad ordinaria, de que la Sala de instancia no ha encontrado justificación a las objeciones que a la constitucionalidad de la ley reguladora del tributo ha opuesto la entidad recurrente. No se trata, por otra parte, y como ya se ha dicho, de una invocación artificiosa, traída al proceso con la finalidad de obtener la admisión de un recurso que en otro caso no habría sido procedente. Las razones esgrimidas tienen peso suficiente para en trámite de admisión determinar una resolución favorable. Otra cosa es que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad fuera procedente. Ello habría exigido una deliberación sobre el particular, en lugar de dictarse una sentencia desestimatoria por razones relativas a la indebida admisión del recurso.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la sentencia dictada por el pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 24 enero 1996 en el recurso de casación núm. 8106/1994, interpuesto por "Repsol Butano, SA", contra sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 24 octubre 1994, en recurso sobre impuesto de instalaciones que inciden en el medio ambiente.

El Magistrado que suscribe, con máximo respeto a la resolución mayoritaria, cree necesario expresar su posición discrepante con la misma mediante el presente voto particular, anunciado en el momento de la votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Un recurso es extraordinario cuando procede tras haber agotado los recursos ordinarios y cuando resulta limitado por razón de los motivos; esto es, cuando la impugnación que autoriza se ciñe únicamente a los que en *numerus clausus* establece la Ley, que son insusceptibles de extensión por interpretación analógica y que, además, limitan los poderes del Tribunal *ad quem*, en cuanto le obligan a moverse y juzgar dentro de los límites que el recurso mismo marca.

En este sentido el recurso de casación contencioso-administrativo es un recurso extraordinario, en la medida en que sólo procede —"habrá de fundarse", en la dicción de la Ley— en los casos que taxativamente admite el artículo 95.1 de la LJCA sin que esta Sala pueda, además, suplir o alterar de oficio los motivos de impugnación deducidos por el recurrente, o pronunciarse sobre vicios, ya sea *in iudicando*, ya *in procedendo*, que no hayan sido denunciados por la parte vencida en la instancia, aunque éstos resultaran claros y patentes, como deriva de la esencia misma del recurso de casación, e implícitamente se desprende de la expresión de los artículos 101 y 102 de la misma LJCA.

Estas afirmaciones sólo encuentran la excepción de la vulneración por el Tribunal de instancia de una norma de orden público de carácter necesario (Sentencia de 2 diciembre de 1994 [RJ 1994, 10462]).

La sentencia mayoritaria fundamenta su declaración de inadmisibilidad del presente recurso en que la Sala de Baleares ha partido de una premisa inexacta y de una defectuosa delimitación del objeto del proceso en la instancia, lo que la condujo indebidamente a justificar la no utilización de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley 12/1991, de 20 diciembre, del Parlamento balear, de Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente. La sentencia mayoritaria considera que el verdadero y único objeto del proceso en instancia —que reconstruye y detalla meticulosamente— se redujo a la impugnación de una liquidación tributaria y a la cuestión de si es aplicable o no a la recurrente una exención tributaria que no trasciende el Derecho autonómico balear; por ello el pronunciamiento de la mayoría desatiende los Fundamentos de Derecho I, II, III, IV, V y VI de la sentencia recurrida, que contienen un verdadero juicio positivo sobre la constitucionalidad de la ley autonómica 12/1991 por relación con los artículos 14, 31, 133 y 157 de la Constitución y el artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), y considera que ninguno de los razonamientos contenidos en dichos fundamentos puedan ser *ratio decidendi* del fallo desestimatorio recurrido. Se debe precisar que el Fundamento de Derecho IV de la sentencia *a quo* se cierra con el inciso: “no estimamos, pues, procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad”, que concluye un amplio y matizado razonamiento sobre la constitucionalidad de la Ley balear citada 12/1991. A pesar de ello, la mayoría decide la inadmisión del recurso de casación, acogiendo en la sentencia un motivo de inadmisibilidad que figuraría en la oposición a la casación formulada por la Administración autonómica.

La parte que ha resultado vencedora en la instancia —no hay, en el caso que se examina, apariencia siquiera de vencimiento múltiple— carece de legitimación para plantear cualquiera de los motivos legales tasados de casación contra la sentencia recurrida que le beneficia, pues la denuncia de la sentencia queda reservada únicamente a la parte procesalmente gravada por la resolución a impugnar (parte *cui nocet*), y a los extremos en que dicha parte no consienta el error o inadecuación a Derecho de la sentencia misma.

En el presente caso el pretendido vicio de la sentencia de la Sala de Baleares, que lleva a la sentencia mayoritaria a considerar como no puestos los fundamentos I a VI de la misma, se subsume claramente, a mi entender, en el de incongruencia positiva (*ne eat iudex ultra petita partium*) tipificado en el artículo 95.1.3 de la LJCA como motivo autónomo de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, en el extremo de infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Por ello el escrito de oposición (art. 101.1 LJCA) de la Administración autonómica no puede esgrimir válidamente —como una especial adhesión a la casación inexistente en nuestro Derecho— un motivo de casación que, en caso de existir, ha sido consentido en su impugnación por la parte vencida en instancia y ahora recurrente ante este Tribunal. La sentencia de la Sala de Baleares ha desestimado íntegramente el recurso, por lo que sólo es gravosa para la Entidad mercantil recurrente, que no ha aducido el motivo del artículo 95.1.3 de la LJCA, por lo que, al no tratarse de un vicio de orden público, tampoco puede apreciarlo esta Sala, ni siquiera —como se dirá— en trámite de inadmisión, máxime cuando, en definitiva, el pronunciamiento a que llega la mayoría no es el de rescisión de la sentencia incongruente, sino el de su firmeza a pesar del error en que se afirma ha incurrido.

Al subsumirse el vicio apreciado en un motivo autónomo de casación por *error in procedendo* —recogido expresamente en la Ley (art. 95.1.3 LJCA)— tampoco puede este Tribunal *ad quem* extremar las potestades de control que le atribuye la LJCA para controlar recursos inadmisibles (art. 100 LJCA) hasta efectuar —como hace la sentencia mayoritaria— una revisión no de la sentencia recurrida sino del proceso mismo de que trae causa e incluso de la vía administrativa anterior, que es lo que en realidad permite el pronunciamiento de inadmisión del que aquí se discrepa.

Es obvio que el blanco al que apunta y se dirige el recurso de casación —que no es, recordémoslo, una nueva instancia ni una prolongación del proceso antecedente— es propiamente la sentencia que pone fin al proceso *a quo*, máxime cuando, como en este caso, los motivos a que se ciñe son los de infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia del artículo 95.1.4 de la LJCA. Es esa resolución la que quedará firme (arts. 96.4 y 100.4 LJCA) y pasará en autoridad de cosa juzgada en caso de falta de impugnación o de que no prospere el recurso, por lo que los poderes de inadmisión del Tribunal *ad quem* no autorizan, a mi juicio, para hacer una compleja reconstrucción del objeto del proceso y, sin rescindir la sentencia, omitir o desconocer una parte sustancial de los razonamientos que fundamentan su fallo o parte dispositiva, considerando como cuestión nueva en esta casación lo que razonan, interpretan y resuelven dichos fundamentos.

La causa de inadmisión del artículo 100.2.a), en relación con el 93.4, de la LJCA, puede —e incluso debe según el tenor literal estricto del artículo 100 de la Ley— ser hecha *ex officio* por la Sala, sin necesidad alguna de denuncia por parte de la parte recurrida, por lo que la referencia a que el motivo de inadmisibilidad que se acoge ha sido aducido por dicha parte no puede tener la trascendencia que parece darle el parecer mayoritario. Aparte de que en el referido motivo de inadmisibilidad la Comunidad Autónoma parece admitir —al folio 4— que la Entidad “Repsol Butano, SA” solicitó de la Sala *a quo* el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, los poderes del Tribunal *ad quem* en el trámite de admisión —ya se ejerciten en el momento procesalmente adecuado o, como en este caso acontece, mediante sentencia desestimatoria— se siguen moviendo necesariamente dentro de las potestades que a esta Sala atribuye el artículo 100.2 de la LJCA así como de los límites que ha impuesto al recurso de casación la parte recurrente, sin que dichas potestades o límites se dilaten o amplíen por el escrito de oposición de la parte recurrida que, en este extremo de la admisibilidad, es prácticamente un recordatorio o llamada de atención del Tribunal sobre una causa de inadmisión que ha pasado inadvertida a la Sala en el momento procesal idóneo del artículo 100.1 de la LJCA.

El escrito de demanda de “Repsol Butano, SA” en instancia es impreciso y en el mismo no se formula correctamente —como razona la sentencia mayoritaria— pretensión formal de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Considero, sin embargo, que esta circunstancia no autoriza la interpretación formalista de la mayoría, que afirma que la impugnación de la ley autonómica con relación al Derecho estatal y a la Norma Fundamental es una cuestión nueva en esta casación. Me remito a los razonamientos que se expresan, en tal sentido, en el voto particular formulado por el Excmo. Sr. don Ricardo Enríquez Sancho, a los que me adhiero, añadiendo, además, que consta en las actuaciones de instancia (folios 2, 3 y 4 de las mismas) que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la Empresa “Repsol Butano, SA” alegó expresamente sobre las cuestiones que la sentencia mayoritaria entiende omitidas, entre ellas la de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el recurso concreto que se interponía (“si llegara a plantearse, como confiadamente esperamos, cuestión de inconstitucionalidad de la Ley”) (*sic*) al efectuar —desde la perspectiva de la apariencia de buen Derecho— su pretensión de suspensión cautelar de la ejecución de los actos impugnados, a la que accedió la Sala de Baleares en Auto de 9 diciembre 1993. Por ello, si se interpreta en forma conjunta el escrito de demanda con las extensas alegaciones sobre la suspensión efectuadas en el escrito de interposición —conforme al espíritu antiformalista que inspira este orden de jurisdicción— se llegaría a la conclusión de la pertinencia de que la sentencia resolviera —como en definitiva hizo la Sala de Baleares— sobre la adecuación de la Ley autonómica a la Constitución, dado el sentido que se da a la congruencia en este orden de jurisdicción contencioso-administrativo, como correspondencia a las pretensiones y alegaciones de las partes. De lo expuesto se infiere, en forma clara, que la inconstitucionalidad de la ley autonómica no puede ser —pese a que se tenga por inexistente una parte de la sentencia recurrida— una cuestión nueva que haya sido planteada por primera vez en este recurso extraordinario de casación.

Mi última razón de discrepancia se basa en la lectura estricta con que la sentencia mayoritaria examina lo que denomina "juicio de relevancia", al interpretar el artículo 93.4 de la LJCA, para determinar qué cuestiones que trasciendan el Derecho propiamente autonómico deben tener acceso a este Tribunal Supremo, en sede de recurso extraordinario de casación.

En el caso concreto que se examina es patente, a mi entender, que el recurso de casación se funda por "Repsol Butano, SA" en infracción de normas no emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y que la negativa de la Sala *a quo* a plantear cuestión de inconstitucionalidad de la ley —contenida en el Fundamento de Derecho IV de la sentencia recurrida, al que me referí anteriormente— ha sido relevante y determinante del fallo *a quo*, por lo que se deben concluir los razonamientos de este voto particular con el rechazo a la causa de inadmisibilidad estimada por la mayoría.

No es ocioso añadir, sin embargo, que la cuestión planteada es esencial para los principios de unidad y armonía del ordenamiento jurídico y para la función constitucional de este Tribunal Supremo en el Estado de las Autonomías, sin que sea de compartir ninguna interpretación restrictiva del artículo 93.4 de la LJCA que permita cerrar el acceso al Tribunal Supremo de recursos de casación que trasciendan en forma clara la esfera propia de las "cuestiones autonómicas".

La determinación de los casos y materias en los que procede el recurso de casación por aplicación de la excepción que, respecto a las cuestiones "no autonómicas", establece el artículo 93.4 de la LJCA requiere una interpretación flexible y muy matizada en la que se debe ponderar la imbricación profunda que existe siempre entre el Derecho estatal y los ordenamientos autonómicos.

Debe ser descartado cualquier paralelismo aparente con el juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad. La justificación es simple. La existencia de vías directas de acceso al Tribunal Constitucional en el ordenamiento español —mediante los recursos de inconstitucionalidad— puede permitir una interpretación restrictiva del juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad, que no se justifica, en cambio, en el caso de la casación contencioso-administrativa, dada la limitación que, por ejemplo, supone el artículo 102.b).2 de la LJCA respecto del recurso de casación en interés de la ley.

La plena efectividad de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Norma Fundamental —al ser necesario mantener una interpretación y eficacia homogénea de los mismos (arts. 139.1 y 149.1.1 CE)— y la tutela del Derecho a la autonomía de los entes locales exige que las cuestiones en que se planteen su vulneración deban tener acceso al recurso de casación, máxime en los casos en que no exista la garantía del amparo constitucional. Es pertinente recordar que en el caso que se examina la Entidad mercantil recurrente ha invocado la vulneración de derechos reconocidos en el artículo 31, en relación con el 14 de la Constitución.

A una conclusión parecida se ha de llegar en los casos en que se encuentre en juego un precepto constitucional que no juegue en el caso en sentido parecido al que tiene el principio de jerarquía normativa para regir el sistema autonómico de fuentes (Sentencia de 23 noviembre 1994) interpretando en definitiva el artículo 93.4 de la LJCA en términos que rechacen únicamente la invocación de normas constitucionales o del Estado que se revelen como "irrelevantes" o "manifiestamente infundadas" en cuanto a su posibilidad de determinar o haber determinado el fallo de la sentencia recurrida.

Por los razonamientos que se exponen, el Magistrado que suscribe considera que la sentencia mayoritaria debió admitir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Empresa "Repsol Butano, SA", para entrar a examinar, en cuanto al fondo, los motivos de casación deducidos por la recurrente, entre ellos el de la procedencia o improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley balear 12/1991, de 20 diciembre, sobre el que no se efectúa ninguna consideración, al no haber sido objeto de debate.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Rafael Fernández Montalvo a la sentencia dictada en el Recurso de casación núm. 8106/1994.

Comparto, en alguna medida, los criterios expresados por la mayoría en los Fundamentos Jurídicos Segundo, Tercero, Séptimo y Octavo de la sentencia. Lamento, sin embargo, disentir en dos aspectos esenciales de su argumentación que me llevan a sostener una conclusión contraria a apreciar la causa de inadmisión que justifica, en definitiva, la desestimación del recurso incorporada a su fallo. Uno es la construcción del "juicio de relevancia" que sustenta la tesis mayoritaria al interpretar el requisito o presupuesto de admisibilidad, establecido en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción (LJCA) para hacer viable el recurso de casación frente a las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas. El otro afecta a la propia premisa de que parte la sentencia al delimitar los motivos jurídicos que sustentaron la pretensión actora y que fueron objeto de auténtico debate en el proceso y tuvieron real incidencia en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«1. Esta Sala, en el momento de dictar sentencia, puede, sin duda, apreciar la viabilidad procesal del recurso de casación que decide, convirtiendo, en su caso, el motivo de inadmisión que concurra en causa de desestimación, conforme a los posibles pronunciamientos del artículo 102 LJCA.

2. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su artículo 58.4, moduló las previsiones que contenían algunos Estatutos de Autonomía, al determinar la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación que establezca la ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de dicho orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia, introduciendo una fórmula, con la que coincidió el artículo 58.1 de la Ley de Demarcación y Planta, de 28 diciembre 1988, aunque referida todavía al recurso de apelación, que fue considerada conforme con el bloque de constitucionalidad por la STC 56/1990 (RTC 1990, 56). Según tales artículos, se reconocía a esta Sala competencia, en relación con los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas, "siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas". Con dicha regla se pretende que la aplicación e interpretación del Ordenamiento jurídico autonómico o, como dice el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia, del Derecho emanado de las Comunidades Autónomas sea definida jurisdiccionalmente por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, sin acceso a la vía casacional ante el Tribunal Supremo, de conformidad con la previsión del artículo 152.1 CE. Por el contrario, el control jurisdiccional último y la creación de jurisprudencia sobre la aplicación de normas estatales se atribuye, conforme al artículo 123.1 CE, desarrollado por los artículos 53 y siguientes de la LOPJ, al Tribunal Supremo, quien debe asegurar, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, con jurisdicción en toda España, una interpretación homogénea de las normas comunes. Sobre este aspecto esencial, que afecta, incluso, a la propia configuración institucional del Tribunal Supremo en la Constitución, no parece necesario insistir porque es también un criterio que refleja la tesis mayoritaria, pero no está de más aludir al significado específico que el ordenamiento constitucional o el bloque normativo de constitucionalidad debe tener para la función nomofiláctica de esta Sala, desarrollada a través del efecto unificador de la casación que tiene atribuida. Y, a tal efecto, parece suficiente recordar que los varios ordenamientos —estatal y autonómicos—, inherentes al Estado compuesto que diseña

nuestra Constitución y regidos fundamentalmente por el principio de distribución de competencias, tienen, sin embargo, sus enlaces y encuentran su unidad como subsistemas del ordenamiento general del Estado en la Norma Suprema, cuya interpretación homogénea, haciendo especialmente efectivo el principio de seguridad jurídica en su aplicación, debe ser cometido esencial del Tribunal Supremo. Por ello resulta tan plenamente justificado, que pudiera parecer superfluo, si no fuera por la necesidad de insistir en el significado normativo de la Constitución, que el artículo 5.4 LOPJ establezca que *"en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional"*. Y si bien es cierto que por sí sola tal previsión no posibilita el acceso a la casación ante el Tribunal Supremo, ya que, como entiende la mayoría, ha de tratarse de uno de los casos en que proceda dicho recurso según la ley, sin embargo el precepto debe servir, al menos, para exigir una interpretación teleológica, no formalista, de este motivo casacional, que merece una consignación expresa y autónoma, haciendo viable el recurso cuando, concurriendo los demás requisitos procesales, se justifique razonablemente que la infracción de un precepto constitucional ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia impugnada, como exige el artículo 96.2 LJCA para el escrito de preparación si se trata de un supuesto previsto en el artículo 93.4 de la misma Ley.

3. El mencionado requisito de que la infracción de una norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma *"ha sido relevante y determinante del fallo"*, previsto en el citado artículo 96.2 para el supuesto del artículo 93.4, ambos de la LJCA, está inspirado, sin duda, en lo dispuesto en los artículos 163 CE y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), LO 2/1979, de 3 octubre, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Parece, por ello, justificado acudir, como criterio orientador, a la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional para perfilar el significado y alcance del *"juicio de relevancia"*, término, por cierto, utilizado por la Ley 10/1992, con la salvedad que supone la posibilidad de revisión por el Tribunal *ad quem* del juicio formulado a este respecto por el Tribunal que dicta la sentencia impugnada. La distinta posición apreciable en la relación entre justicia constitucional y justicia ordinaria, por una parte, y entre los órganos que integran la jurisdicción contencioso-administrativa, por otra, me inclinan a participar del criterio reflejado en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia, según el cual el *"juicio de relevancia"* se encomienda en un primer momento a la Sala sentenciadora o Tribunal *a quo*, en la fase de preparación del recurso conforme al artículo 96.2 LJCA, para ello no excluye un ulterior examen de la cuestión por parte de la Sala del Tribunal Supremo, a quien corresponde el juicio definitivo sobre la admisibilidad del recurso de casación y, por tanto, sobre si la norma cuya infracción se invoca es o no *"relevante y determinante del fallo"*.

Mi primera discrepancia importante estriba en que, frente a lo que parece sostener la mayoría, para valorar la suficiencia del *"juicio de relevancia"* considero que ha de atenderse a dos elementos: la consistencia de la justificación ofrecida por el recurrente en su escrito de preparación del recurso y la constatación de la razonable incidencia que la infracción invocada de las normas estatales, en este caso constitucionales, ha tenido en el pronunciamiento judicial de instancia. En este segundo aspecto debe analizarse si una determinada interpretación o aplicación del bloque de constitucionalidad fue tenida en cuenta por la sentencia impugnada y si marcó, en alguna manera, el sentido de su fallo. No se trata, por tanto, como parece desprenderse de la ponencia aprobada, de cuestionar si, atendido el planteamiento procesal, el Tribunal *a quo* pudo o no contemplar, como determinante de su decisión, unas normas no emanadas de los órganos de la Comunidad —en este caso integrantes del bloque de constitucionalidad—, cuya infracción se aduce como motivo de casación, sino de apreciar si ciertamente fueron auténtica referencia de su fundamentación y resultaron influyentes en el fallo. Quiere decirse que sentencias eventualmente incongruentes con las pretensiones de las partes o que aborden, en hipótesis, motivos susceptibles de fundar la demanda o la oposición, basados en normas de rango constitucional, no planteados por las partes y sin haber hecho uso el Tribunal de la

facultad que le reconoce el artículo 43.2 LJCA, no pueden quedar extramuros del recurso de casación ante el Tribunal Supremo por la aplicación exclusiva del requisito derivado de los artículos 93.4 y 96.2 LJCA. Es ésta una interpretación injustificadamente restrictiva que no encuentra su apoyo en la redacción literal de los preceptos, ni es acorde con los criterios hermenéuticos atendibles, especialmente atentos al cumplimiento de la función atribuida al Tribunal Supremo de homogeneizar el sentido interpretativo de normas constitucionales. No se advierte qué razón puede reservar el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuando se trate de sentencias de *Tribunales Superiores de Justicia* respecto a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, a sólo las sentencias congruentes que hayan observado adecuadamente los límites del debate procesal. Cómo un eventual reproche adicional de vulneración de normas procesales e, incluso, de garantías procesales constitucionalizadas, puede hacer inmunes a la revisión casacional de este Tribunal a sentencias incluidas en el ámbito del artículo 93.4 LJCA, al atribuirles el recurrente razonablemente una infracción relevante del bloque de constitucionalidad.

A mi modo de ver, el método para la formación definitiva del "juicio de relevancia" debe partir del examen del escrito de preparación del recurso y proyectarse sobre la sentencia recurrida, para admitir el recurso de casación si se entiende que la infracción que en él se invoca de normas no emanadas de los órganos de la Comunidad puede tener alguna trascendencia en el fallo impugnado, haciendo abstracción de si la sentencia resulta incongruente o fue discordante con los motivos aducidos en la instancia por las partes. Otra cosa sería, como hemos señalado, otorgar un incomprensible efecto de inmunidad a eventuales vulneraciones de normas y principios procesales.

En definitiva, la inadmisión fundada en los artículos 93.4 y 96.2 no debiera suponer una rectificación previa, sin entrar a conocer propiamente del recurso, del objeto del proceso como lo entiende la sentencia de instancia.

4. En el presente supuesto, la interposición del recurso de casación mediante el escrito en que se hacía constar el Derecho estatal supuestamente infringido por la sentencia impugnada es, como advierte, la ponencia aprobada, formalmente intachable, al concretar la vulneración en dos bloques normativos: *a)* la Constitución, en sus artículos 31 y 133, en relación con el apartado 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), como integrante del bloque de constitucionalidad; y *b)* el Real Decreto 1085/1992, de 11 septiembre, en relación con las restantes normas estatales reguladoras de la adaptación y posterior supresión del Monopolio de Petróleos. No se trata, en consecuencia, de la mera invocación en el proceso administrativo de un planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la mencionada Ley del Parlamento balear creadora del Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, ni de una pretensión autónoma en dicho sentido en sede casacional, sino de la articulación de una motivación basada fundamentalmente en la infracción de normas constitucionales atribuida a la sentencia que se impugna, en la que dicha cuestión sería simplemente el mecanismo disponible por este Tribunal para deferir, en su caso, al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre dicho control referido a una Ley de la Comunidad Autónoma.

Se hace, por tanto, imprescindible y decisivo, conforme al artículo 96.2 LJCA, examinar si tales supuestas infracciones tuvieron trascendencia para el fallo, dejando al margen, por ahora, si la eventual consideración del Derecho estatal por la sentencia era, además, improcedente desde la perspectiva del debate procesal suscitado, porque, desde nuestra posición, ello no excluiría la viabilidad del recurso de casación. Y, a estos efectos, no abrigo dudas sobre que el Tribunal *a quo* tuvo como eje central un determinado entendimiento y aplicación de dichas normas del bloque de constitucionalidad, para desestimar el recurso contencioso-administrativo y declarar conformes al ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados: «la Resolución de la Junta Superior de Hacienda de la Comunidad, de 27 septiembre 1993, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa interpuesta

contra la liquidación número 663/92/32717, practicada por la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno Balear, correspondiente al Impuesto de Instalaciones que inciden sobre el Medio ambiente”.

A) La sentencia de instancia dedica al análisis de la constitucionalidad de la normativa sobre el Impuesto creado o establecido por la Comunidad (Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente), Ley 12/1991, del Parlamento de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (CAIB), de 20 diciembre; Decreto 81/1992, de 5 noviembre, y Orden 23 noviembre 1992 de la Consejería de Economía y Hacienda, y a la interpretación de la normativa estatal los Fundamentos de Derecho I, II, IV, V y VI. Únicamente aborda la cuestión concreta de la aplicabilidad de la exención, según la normativa de la Comunidad Autónoma, en el conciso Fundamento de Derecho VII.

B) Tan dilatado tratamiento de la supuesta confrontación con el bloque de constitucionalidad de la normativa autonómica y, en definitiva, del acto de liquidación tributaria que se dicta a su amparo y que es reconocido objeto de la pretensión actora, no es un mero *obiter dicta* ni obedece a un prurito teórico o académico, sino que es elemento esencial de la *ratio decidendi* de la sentencia. La Sala de instancia, antes de llegar a pronunciarse sobre el reconocimiento o no de la exención del impuesto solicitada por la actora, entiende, razonablemente y coherentemente con la técnica tributaria, que debe abordar la legitimidad constitucional de la normativa autonómica que configura el hecho imponible y la determinación de la base imponible del tributo.

Me resulta difícil concebir que pueda prescindirse de dicho aspecto constitucional, como si no se hubiera suscitado por la sentencia, y entender, como sostiene la ponencia aprobada, que queda extramuros de la sentencia recurrida y ajena a su fundamentación la supuesta conculcación de los artículos 14, 31 y 133 CE y el artículo 6 de la LOFCA, cuando: *a)* en el Fundamento de Derecho II analiza el poder tributario de la Comunidad Autónoma en relación con su autonomía respecto a los gastos correspondientes al ejercicio de sus competencias (constitucional y estatutariamente atribuidas); *b)* en el mismo Fundamento, con cita explícita del artículo 6.2 LOFCA y de la prohibición de que los tributos de la Comunidad Autónoma puedan recaer “sobre hechos imponibles gravados por el Estado”, alude a la STC 37/1987 (RTC 1987, 37), a la distinción entre materia imponible y hecho imponible, menciona el recurso de inconstitucionalidad 838/1992 —fundado en la eventual incidencia en materias imponibles propias de las Corporaciones Locales, en concreto sobre bienes inmuebles— y llega a la conclusión de que la Comunidad Autónoma está legitimada constitucionalmente para establecer un impuesto configurado por las características que menciona; *c)* en el Fundamento IV examina la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, recuerda que se señalan como preceptos constitucionales infringidos por la Ley 12/1991 —arts. 1, 2, 3, 4 y 8— los artículos 14, 31, 133 y 157 de la Constitución, relacionados con el 6 de la LOFCA, y nos va dando el criterio interpretativo de la Sala de instancia sobre “la aspiración a la igualdad”, sobre la posible finalidad extrafiscal de los tributos como instrumentos de política económica general y, después de citar las SSTC 3/1983 (RTC 1983, 3), 123/1983 (RTC 1983, 123), 15/1985 (RTC 1985, 15), 99/1985 (RTC 1985, 99), 185/1990 (RTC 1990, 185) y 14/1992 (RTC 1992, 14), rechaza el mencionado planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional; *d)* en el Fundamento V nos da la sentencia su sentido sobre el principio de legalidad tributaria, reconocido en el artículo 31.3 CE, e invoca los artículos 97 y 106 CE; y *e)* en el Fundamento VI, finalmente, aborda la garantía de jerarquía normativa del artículo 9.3 CE, con cita y referencia a normas estatales, como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Sin necesidad siquiera de acudir al criterio de flexibilidad a que hace constante apelación la doctrina del Tribunal Constitucional al efectuar el llamado “juicio de relevancia”, parece más que evidente que si la posición del Tribunal *a quo* sobre la

interpretación y aplicación de las referidas normas, integrantes del bloque de constitucionalidad, hubiera sido distinta también lo habría sido su pronunciamiento sobre la adecuación al ordenamiento jurídico del acto administrativo liquidatorio que enjuicia. En definitiva, de su aplicación dependía el éxito de la pretensión, en la forma en que ésta era entendida por el Tribunal de instancia, cuyo eventual error sobre el objeto del proceso podría justificar un reproche de incongruencia o de desajuste en la motivación, pero no podría servir para excluir la única revisión posible en sede casacional, que ha quedado, en definitiva, imprejuzgada al considerarse inadmisibile el recurso de casación. Aunque la extensa fundamentación mayoritaria de la sentencia, a pesar de dicha inadmisión y precisamente para justificarla, se ha visto en la necesidad de entrar a conocer de la llamada "cuestión de fondo", argumentando y pronunciándose indirectamente sobre el criterio de la sentencia recurrida en relación con la improcedencia de aplicar la exención tributaria, que es cuestión ciertamente concierne al Derecho de la Comunidad Autónoma si fuera posible prescindir de la dimensión constitucional que le otorga la propia decisión del Tribunal *a quo*.

El recurso contencioso-administrativo deducido por la Sociedad actora ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Baleares se concreta en la impugnación del acto de liquidación, por una deuda tributaria de 94.391.439 pesetas, por el Impuesto Balear sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente, y del correspondiente acuerdo de la Junta Superior de Hacienda que lo confirmó en vía económico-administrativa. Ahora bien, discrepo de la tesis mayoritaria sobre que el único motivo de tal impugnación sea la aplicabilidad de la exención prevista en el artículo 4.3 de la Ley reguladora del Impuesto Autonómico, Ley del Parlamento balear 12/1991, y desarrollada en el artículo 6.4.b) de su Reglamento. Por el contrario, frente a este criterio reduccionista del debate procesal a una cuestión estricta de Derecho Autonómico, sobre la que no sería preciso la conformación de los criterios unitarios de interpretación que debe proporcionar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considero que, además y de modo preferente, existe una invocación a la eventual confrontación con la normativa que integra el bloque de constitucionalidad de la Ley y del Reglamento del Impuesto en que se basa el acto administrativo singular de liquidación, como entendió la Sala de instancia, a pesar que no fuera excesivamente afortunada la demanda en su formulación. En este sentido, no estimo que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares sea incongruente o que no se haya ajustado a las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso o la oposición, como exige el artículo 43.1 LJCA.

La actora en su demanda problematiza (*sic*) sobre la adecuación a Derecho de las disposiciones reguladoras del tributo, condición que si no concurriera en éstas haría necesariamente contrario al ordenamiento jurídico los actos recurridos que se dictan en aplicación suya. No parece, por tanto, que pueda ser tachada de retórica la invocación, ya que la importancia de la argumentación no debe medirse por su extensión, ni siquiera por el acierto o fortuna en su expresión formal, sino por su trascendencia intrínseca en el resultado del proceso, de una parte, y por la probabilidad de su acogimiento por el Tribunal, atendida la coherencia de su formulación con los criterios hermenéuticos admitidos, de otra. Y es, sin perjuicio de lo dicho, como trata también de justificar la sociedad demandante, en su otra línea argumental, la aplicabilidad de la exención del impuesto cuestionada. Más bien, parece, por tanto, que la falta de sintonía de la sentencia con los términos del debate se habría producido si no se hubiera manifestado sobre la dimensión constitucional del debate, la eventual contradicción con el bloque de constitucionalidad de las normas autonómicas que establecen el hecho imponible y la base tributaria del Impuesto, que es el aspecto que pretendió residenciarse ante esta Sala a través de la, a nuestro entender, correcta invocación, en el escrito de preparación del recurso, de la infracción de los artículos 14, 31 y 133 CE y del artículo 6 de la LOFCA.

La virtualidad objetiva de los problemas de constitucionalidad que han quedado imprejuzgados por la Sala al entenderse inadmisibile el recurso se proyecta, al menos, en dos órdenes de cuestiones:

1. Distribución de competencias tributarias entre el Estado y Comunidad Autónoma en los términos que resultan de los artículos 133 CE y 6 LOFCA. Precepto éste, integrante del bloque de constitucionalidad, que, al tiempo que reconoce la potestad de las Comunidades Autónomas para establecer sus propios tributos, prohíbe que los tributos que establezcan aquéllas recaigan sobre hechos impositivos gravados por el Estado. Es uno de los principios limitativos del poder financiero de las Comunidades Autónomas el de coordinación, que persigue la integración de los subsistemas en el conjunto o sistema tributario, evitando contradicciones y duplicidades impositivas.

El Impuesto balear sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente tiene como hecho imponible la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, de los elementos patrimoniales situados en el territorio de la Comunidad de las Islas Baleares que se encuentren afectos a la realización de las actividades que integran el objeto del tributo (arts. 2, 3, 4 y 10 de la Ley 12/1991, de 20 diciembre, y artículos 4, 5 y 6 del Decreto 81/1992, de 5 noviembre), gravando determinadas actividades empresariales en el territorio de la Comunidad o el volumen de negocios del sujeto pasivo, que pudieran, eventualmente, ser coincidentes con hechos impositivos gravados por el Estado (Impuesto sobre el Valor Añadido o Impuesto de Sociedades). No parece, por tanto, superfluo un contraste de la cuestión suscitada con la doctrina derivada de las SSTC 37/1987 (RTC 1987, 37) y 186/1993 (RTC 1993, 186), según las cuales, por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la ley fija en cada caso para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, según establece el artículo 28 de la Ley General Tributaria. Por ello, en relación con una misma materia impositiva, el legislador puede seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos impositivos, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes.

2. El gravamen por el Impuesto del promedio de los ingresos brutos de facturación de los tres ejercicios anteriores al devengo (arts. 8 de la Ley balear y 11 y 12 del Reglamento), y la base imponible aparentemente desconectada con el objeto y con el hecho imponible del tributo, en relación con la capacidad económica, erigida en principio constitucional tributario por el artículo 31.1 CE.

En mi opinión, pues, debió admitirse el recurso para examinar y decidir sobre la eventual infracción de los preceptos integrantes del bloque de constitucionalidad, aducida como motivo de casación en el escrito de interposición, pronunciándose, en consecuencia, sobre la procedencia o no de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley 12/1991, de 20 diciembre, del Parlamento balear, en cuya aplicación, juntamente con el Decreto 81/1992, de 5 noviembre, y Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 23 noviembre 1992, se dictó el acto de liquidación por el Impuesto balear sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente impugnado en vía económico-administrativa y en el proceso administrativo, y que fue confirmado por la sentencia de instancia al no apreciar en dicha normativa autonómica vulneración del bloque de constitucionalidad.» (*Sentencia de 24 de enero de 1996, Pleno de la Sala 3.ª, Ar. 589.*)

X. RESPONSABILIDAD

A) *Colegio Profesional. Concepto de lesión. Denegación de apertura de farmacia y anulación posterior. Voto particular.*

«Entrando ya en el análisis de los preceptos citados y más concretamente del artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, vigente

en la fecha a que vienen referidos los hechos, ha de recordarse que el precepto en cuestión dispone que "la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización".

El precepto que acabamos de transcribir sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 40 a que nos referiremos, a saber, daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, anexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo. Por ello no cabe interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad. Como recoge la memoria del Consejo de Estado del año 1990, "el artículo 40 que examinamos sólo dice que 'no presupone', es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización, lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente", requisitos a los que antes nos hemos referido.

Lo hasta aquí señalado resulta conforme con la línea marcada por este Tribunal en Sentencia de fecha 20 febrero 1989 (RJ 1989, 2526) que, afirmando la tesis de que la responsabilidad del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente del agente, expresamente rechaza la tesis de lo que se ha denominado "margen de tolerancia", rechazo que reiteramos por las razones expuestas en la citada sentencia en el sentido de que tal tesis, que pudiera ser aplicada en casos extremos, pugna con la declaración constitucional del artículo 106 que reconoce a los ciudadanos, en los términos establecidos en la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; ello porque como continúa diciendo la sentencia de referencia en todos los procesos se discute con más o menos fundamento para la oposición y de esta forma se constituiría en excepción lo que viene establecido como norma general, de tal manera que si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone el derecho a la indemnización en el sentido que anteriormente señalábamos de darlo por supuesto, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que tal anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es, en el actuar de la Administración.

De lo hasta aquí dicho ha de concluirse el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración como consecuencia de la anulación de resoluciones administrativas tanto en vía jurisdiccional como en vía administrativa, siempre y cuando concurren los requisitos para ello, ya que el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como vimos, no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino que afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad puede nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, requisitos cuya concurrencia, si se quiere, ha de ser examinada con mayor rigor en los supues-

tos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo; quizás por ello el legislador efectúa una específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas, tratando así de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, sin alterar por ello un ápice el carácter objetivo de dicha responsabilidad en uno y otro supuesto siempre que exista nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido, no concurriendo el particular el deber jurídico de soportar el daño ya que en este caso desaparecería el carácter antijurídico de la lesión.

Avanzando en esta línea argumental, en principio parece claro que los efectos de daño evaluable e individualizado y nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado producido no ofrecen mayores peculiaridades en unos y otros supuestos, funcionamiento de servicios públicos y anulación de resoluciones administrativas, ya que la realidad del daño es un hecho objetivo invariable en ambos supuestos y la determinación de concurrencia de relación de causalidad responde a un proceso de razonamiento lógico-jurídico sujeto a los mismos criterios valorativos; en consecuencia, el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite, al abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto, que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos, pues, ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

El caso que contemplamos, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientado-

res de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto, función que necesariamente han de efectuar los Tribunales para poder dar una respuesta acorde a los intereses de la justicia en consonancia con las peculiaridades que concurren en cada supuesto sometido a su decisión, puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado.

Trasladando lo hasta aquí expuesto al supuesto concreto que nos ocupa, nos encontramos con que en el mismo estamos ante una solicitud de apertura de oficina de farmacia, no al amparo de los supuestos generales del artículo 3 del Decreto 909/1978, sino precisamente con base en el supuesto excepcional del apartado 1.b) del mismo, en el que se establece una excepción a la norma general de una farmacia por cada cuatro mil habitantes cuando la que se pretende instalar vaya a atender un núcleo de, al menos, dos mil habitantes.

A nadie se le oculta que el concepto núcleo de población es un concepto indeterminado y por ello ha sido uno de los que mayor discusión han generado desde el punto de vista jurídico a la hora de aplicar la legislación específica en materia de apertura de oficinas de farmacia, de tal manera que la valoración del concepto en cuestión ha sido objeto de constante evolución y matización a través de la doctrina jurisprudencial, de modo que si bien el supuesto general de una farmacia por cada cuatro mil habitantes no ofrece dudas relevantes, en cuanto se trata de un dato objetivo fácilmente acreditable, de forma que de concurrir puede hablarse sin género alguno de duda de preexistencia del derecho del administrado y alteración de su situación jurídica en caso de que su pretensión fuese denegada por la Administración, sin embargo no ocurre lo mismo en el supuesto excepcional que se plantea en el caso de autos, en el que, como decimos, la existencia del derecho y su concreta determinación por la Administración Corporativa depende no de la concurrencia de un dato objetivo sino de la valoración, necesariamente subjetivada, de un concepto indeterminado que forma parte integrante de la norma aplicable.

A lo anterior ha de unirse el hecho de que en el concreto caso que nos ocupa, la integración del concepto en cuestión aparece con mayor grado de indeterminación, por cuanto al concepto de núcleo se une la necesidad de apreciar la concurrencia de uno de los accidentes naturales a que se refiere la Orden Ministerial 21 noviembre 1979 que, aun cuando su legalidad ha sido puesta en cuestión por este Tribunal, habría de servir como punto de referencia para conformar el concepto de núcleo; indeterminación que se pone especialmente de relieve tras la lectura del acta de inspección ocular llevada a cabo por el Colegio Farmacéutico en vía administrativa, en lo que tras afirmar la desaparición de los primitivos accidentes naturales, se afirma de forma absolutamente dubitativa la posibilidad de considerar como obstáculo la avenida existente con zona central ajardinada, razón ésta por la que ha de concluirse

que la valoración que se efectúa en la resolución anulada por parte de la Administración de los datos obrantes en su poder a efectos de integrar el concepto indeterminado contenido en la norma, se ha operado con arreglo a los criterios exigibles conforme a lo manifestado en los fundamentos anteriores para excluir la antijuridicidad de la posible lesión, como lo confirma el hecho de que tal resolución se viese ratificada en la primera instancia jurisdiccional, afirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 6 junio 1987, que "la estructuración del viario y del tráfico peatonal y urbano, hace imposible hablar de separación dentro de la zona, o de cédulas o núcleos distintos, pues se trata de un conglomerado urbano, con todos los servicios comunes, siendo fácil los desplazamientos de un punto a otro, a través de aceras, pasos peatonales con señalización semafórica o policial", razones éstas que nos han de llevar a la desestimación del único motivo de casación articulado por cuanto, sin perjuicio de mantener la doctrina de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas, con rechazo de la denominada doctrina del margen de tolerancia y corrigiendo en este punto lo afirmado por la sentencia de instancia, en el supuesto de autos falta la concurrencia de uno de los requisitos generales de la figura jurídica en cuestión tal es el carácter antijurídico de la lesión.

El artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción establece que si no se estimase ningún motivo la sentencia declarará no haber lugar al recurso de casación con imposición de las costas del recurso al recurrente.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. don Jesús Ernesto P. M., al disentir de la Sentencia pronunciada, con fecha 5 febrero 1996, por la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el recurso de casación, seguido ante la misma con el núm. 2034/1993, interpuesto por la Procuradora doña Cayetana de Z. L., en nombre y representación de doña María Concepción de O. y L. C., contra la Sentencia dictada con fecha 25 noviembre 1992 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el proceso seguido ante ésta con el núm. 538/1991, por la que se declara no haber lugar a dicho recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«La sentencia de la que discrepamos declara, en el último párrafo de su fundamento jurídico cuarto, que "sin perjuicio de mantener la doctrina de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas, con rechazo de la denominada doctrina del margen de tolerancia y corrigiendo en este punto lo afirmado por la sentencia de instancia, en el supuesto de autos falta la concurrencia de uno de los requisitos generales de la figura jurídica en cuestión tal es el carácter antijurídico de la lesión".

Comparto íntegramente la tesis del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas, pero no coincido con el planteamiento que se hace en la sentencia de la antijuridicidad del daño, que deriva en la conclusión de la inexistencia en el caso enjuiciado de lesión antijurídica.

Se afirma por la mayoría de los Magistrados, en el fundamento de derecho segundo *in fine*, que "no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la

lesión al existir causas de justificación en el productor del daño, esto es, en el actuar de la Administración”.

No cabe duda de que la Administración, cuando decide, está haciendo uso de una potestad al mismo tiempo que cumpliendo un deber, pero para quedar amparada su actuación por una causa de justificación, que la exonere de responsabilidad, ha de resolver conforme a Derecho porque su actuación está sometida a la Ley y al Derecho (arts. 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Sólo cuando así se pronuncia, el daño que cause no será antijurídico, pues el perjudicado por una decisión contraria a Derecho no tiene el deber de soportarlo.

En el caso enjuiciado, la resolución de la Corporación demandada (ahora recurrida) fue declarada contraria a Derecho y anulada jurisdiccionalmente y, por consiguiente, no puede afirmarse que el daño derivado de tal resolución no es antijurídico.

La sentencia de la que disentimos justifica, sin embargo, la resolución, anulada jurisdiccionalmente por ser contraria a Derecho, porque la Administración, al decidir, hubo de integrar la norma, para aplicarla, con la apreciación de un concepto jurídico indeterminado, cual es el “núcleo de población”, que reclama un margen de apreciación subjetiva al interpretarlo.

Tal doctrina se aparta de la Jurisprudencia consolidada de esta Sala (Sentencias, entre otras, de 22 junio 1982 [RJ 1982, 4829], 13 julio 1984 [RJ 1984, 4673], 9 diciembre 1986 [RJ 1986, 1023], 24 abril, 18 mayo, 10 julio y 8 noviembre 1993 [RJ 1993, 2766, 3757, 5500 y 8607], 19 diciembre 1995 [RJ 1995, 9880] y 2 enero 1996 [RJ 1996, 252], según la cual “la inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la única solución correcta a la vista de los hechos acreditados”, de manera que, al interpretar un concepto jurídico indeterminado, no se está, continúa la indicada Jurisprudencia, ante el uso de potestades discrecionales sino ante el deber de resolver justamente.

Si así no se hiciera, no cabe considerar amparada por una causa de justificación la actuación administrativa aunque hubiese motivado razonadamente su decisión, y, por consiguiente, el administrado no está obligado a soportar los daños causados por una resolución injusta de la Administración.

En el supuesto examinado por la sentencia recurrida, la Corporación demandada optó, en contra de la previa decisión del Colegio Profesional respectivo, por un interpretación errónea de un concepto jurídico indeterminado, que fue declarada contraria a Derecho por esta Sala del Tribunal Supremo al mismo tiempo que consideró ajustada a Derecho la resolución de aquél, y, en consecuencia, el perjudicado por el acuerdo injusto de dicha Corporación no tiene el deber de soportar sus efectos no-civos.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia se declara que la concurrencia de los requisitos determinantes de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ser examinada con mayor rigor en supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, “en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgo de producción de resultado lesivo”.

No compartimos tal aserción porque la singular mención, en el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de la anulación de resoluciones administrativas (en la actualidad contemplada por el artículo 142.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) no altera el sistema legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, como se explica en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, de manera que, cuando los órganos de decisión de las Administraciones Públicas resuelven, éstas quedan sujetas a idéntica responsabilidad objetiva que cuando actúan por medio de sus agentes en la prestación de los servicios públicos.

La tesis de la Sala conduce a un sistema dual de responsabilidad patrimonial a pesar de que declara "mantener la doctrina de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto en los supuestos de funcionamiento de servicios públicos como en los de anulación de resoluciones administrativas".

En la sentencia se diferencian los supuestos de mero funcionamiento de los servicios públicos, en los que se acepta sin reservas el carácter objetivo de la responsabilidad, de las resoluciones administrativas, cuya anulación por ser contrarias a derecho sólo genera responsabilidad patrimonial "cuando no respetasen los aspectos reglados o no hiciesen una interpretación razonada y razonable de los conceptos jurídicos indeterminados".

No aceptamos tal planteamiento porque las Administraciones Públicas cumplen sus fines tanto mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria como a través de su actuación decisoria o ejecutiva y, en cualquiera de estos supuestos, deben responder de los perjuicios causados a los particulares en los términos establecidos legalmente, que no son otros que los fijados por los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 121 y 122 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa, y, en la actualidad, por los artículos 139 a 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya responsabilidad patrimonial, según doctrina legal (Sentencias de 20 febrero 1989 [RJ 1989, 2526], 5 febrero y 20 abril 1991 [RJ 1991, 720 y 3073], 10 mayo, 18 octubre, 27 noviembre y 4 diciembre 1993 [RJ 1993, 6375, 7499, 8261 y 10051], 14 mayo, 4 junio, 2 julio, 27 septiembre, 7 noviembre y 19 noviembre 1994 [RJ 1994, 4190, 4783, 6673, 7361, 8578 y 8834], 11 febrero, 25 febrero y 1 abril 1995 [RJ 1995, 2061, 2096 y 3226]) reiterada en la propia sentencia, es de naturaleza objetiva.

El criterio mayoritario sitúa, a nuestro parecer, la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos y resoluciones administrativas fuera del ámbito de una auténtica responsabilidad objetiva o por el resultado, aproximándola a la responsabilidad por culpa, con evidente quiebra del único sistema legalmente configurado, cuya finalidad no es otra que la de asegurar en todo caso a los administrados el resarcimiento de los daños y perjuicios que sufran como consecuencia de su actuación, legitimando así el ejercicio de sus potestades y garantizando su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

La corrección que la Sala introduce en el sistema de responsabilidad objetiva con el argumento de que el administrado tiene el deber de soportar las consecuencias dañosas de las apreciaciones razonadas y razonables de las Administraciones, aunque sean declaradas administrativa o jurisdiccionalmente contrarias a Derecho, porque, de lo contrario, se demoraría el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones, crea un espacio de inmunidad con desprotección de quienes puedan ser víctimas de resoluciones injustas, lo que no resulta acorde con el servicio a los intereses generales, por los que aquélla debe velar, y desvirtúa el significado de la responsabilidad objetiva, con el que se pretende asegurar o garantizar siempre la adecuada reparación de los perjuicios causados en la gestión de dichos intereses generales.

Los distintos fines de la Administración y de la Jurisdicción justifican el diferente régimen de responsabilidad de una y otra, el de la primera de naturaleza objetiva y el de la segunda sólo en los supuestos de funcionamiento anormal o de error judicial (arts. 121 de la Constitución y 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero la tesis de la mayoría matiza, en nuestra modesta opinión indebidamente, el error determinante de responsabilidad por perjuicios causados como consecuencia de resoluciones administrativas anuladas por ser contrarias a Derecho con modulaciones que inciden en la teoría del margen de tolerancia y que pueden ser admisibles en el error judicial por el aludido diferente significado que una y otra tienen, pero que no resultan acordes con la estructura legal y jurisprudencial de responsabilidad objetiva o por el resultado a que está sujeta la actuación de la Administración, justificada, precisamente, por sus propios objetivos de gestionar los intereses generales asegurando los riesgos derivados de ese cometido.

Por las razones expuestas consideramos que debe estimarse el único motivo aducido en el escrito de interposición del recurso de casación y declarar que ha lugar al mismo y, con anulación de la sentencia de instancia, debe resolverse en los términos en que aparece planteado el debate, según dispone el artículo 102.1.3.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Al existir responsabilidad patrimonial para la Corporación demandada, debe ésta reparar los daños y perjuicios causados con su decisión denegatoria de la apertura de una oficina de farmacia, declarada jurisdiccionalmente contraria a derecho, lo que obliga a valorar si los conceptos reclamados por la demandante se derivaron, en una relación directa de causa a efecto, de dicha resolución anulada.

En la demanda, cuyas pretensiones se reiteran ahora, se reclamaron los conceptos de daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, si bien no cabe acceder al primero, que se centra en las rentas que hubo de satisfacer por el local arrendado para la instalación de la oficina de farmacia, porque éste se arrendó también para destinarlo a perfumería, y, en cuanto a la otra suma, que por este concepto se pide, resulta improcedente, ya que sobre las costas de los previos procesos judiciales se pronunciaron las respectivas sentencias, sin que se aprecie daño moral alguno por haberse denegado la apertura de dicha oficina, pues tal evento es un trámite establecido legalmente que no supone reproche o desmerecimiento alguno para el profesional solicitante de la autorización.

Respecto al lucro cesante o ganancias dejadas de obtener sólo es estimable la cantidad que, como beneficio neto, hubiera podido obtenerse con la instalación de la oficina de farmacia desde la fecha de la resolución del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, denegatoria de la apertura de dicha oficina, hasta la fecha de la sentencia, que anuló dicha resolución por ser contraria a derecho, más los intereses legales de la cantidad resultante desde la fecha en que la interesada formuló su reclamación indemnizatoria al indicado Consejo General de Colegios Oficiales hasta su completo pago, ya que tales intereses, como ha declarado esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de fechas 2 julio 1994 (RJ 1994, 6673) (recurso 1299/1987, fundamento jurídico decimoséptimo), 11 febrero 1995 (RJ 1995, 2061) (recurso de casación 1619/1992, fundamento jurídico undécimo) y 9 mayo 1995 (RJ 1995, 4109) (recurso 527/1990, fundamento jurídico octavo), sirven para actualizar la reparación de los perjuicios causados.

En consecuencia, según lo dispuesto por los preceptos y Jurisprudencia citados, así como por los artículos 102.2 y 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción, debería estimarse el único motivo invocado por la representación procesal de la recurrente, declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por aquélla contra la Sentencia pronunciada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 25 noviembre 1992, y, con anulación de la misma, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de doña María Concepción de O. y L. C. contra la resolución del Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, por la que se denegó a la anterior la indemnización de daños y perjuicios solicitada por responsabilidad patrimonial de dicho Consejo General, y, con anulación de tal acuerdo, declarar la existencia de responsabilidad patrimonial del mismo, y, estimando sólo en parte las pretensiones formuladas en la demanda, condenar al indicado Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos a pagar a doña María Concepción O. y L. C. la cantidad que, en ejecución de sentencia, resulte del cálculo señalado en el precedente fundamento octavo por el concepto de ganancias frustradas e intereses legales, con desestimación de las demás peticiones deducidas en tal demanda, sin hacer expresa condena respecto de las costas procesales causadas en la instancia y las de este recurso de casación cada parte habrá de abonar las suyas.» (Sentencia de 5 de febrero de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 987.)

B) Reconocimiento y cuantificación establecida en ejecución de sentencia del Tribunal Constitucional 52/1995, de 23 de febrero. Daños derivados de prohibición de circular por correo a revista pornográfica.

«La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en la Sentencia de fecha 23 febrero 1995 (RTC 1995, 52), dictada en el Recurso de amparo número 2669/1993, interpuesto por la representación procesal de la empresa "Amaika, SA", contra Resoluciones de la Jefatura Provincial de Comunicaciones de Barcelona de fechas 18 y 28 octubre 1982 y contra la Sentencia de fecha 15 julio 1993 (RJ 1993, 6199) de la Sección Tercera del Tribunal Supremo, *decidió*:

1.º Reconocer el derecho de la actora a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones [art. 20.1.a) CE].

2.º Declarar la nulidad de las resoluciones de la Jefatura Provincial de Comunicaciones.

3.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 15 julio 1993.

1. El artículo 164.1, segundo inciso, de la CE dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional "tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas". La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 febrero 1995, a otorgar amparo a la empresa "Amaika, SA", declaró la nulidad de las Resoluciones de fechas 18 y 28 octubre 1982, de la Jefatura Provincial de Comunicaciones de Barcelona, en base al siguiente esencial fundamento: que las referidas resoluciones por contrarias a Derecho, impidieron a dicha entidad mercantil el ejercicio del derecho fundamental a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones consagrado en el artículo 20.1.a) de la Constitución española; y declaró también, como hechos consignados en el primero de los fundamentos jurídicos de esta sentencia, la nulidad de la Sentencia de fecha 15 junio 1994 de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2. El efecto que se deriva de dicha sentencia del Tribunal Constitucional es el de ser necesario que resolvamos el recurso de apelación que, en su día, interpuso la entidad mercantil "Amaika, SA", contra la Sentencia de fecha 10 julio 1990, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Recurso número 737/1985. La resolución del recurso de apelación que nos ocupa ha de quedar circunscrita únicamente al extremo de la petición de indemnización que en la demanda formuló dicha empresa. Sobre este extremo la sentencia de la primera instancia dice escuetamente lo siguiente: "sin que se pueda reconocer la petición de indemnización al no apreciarse la lesión imputable a la Administración en los términos del artículo 106 de la Constitución». Ante ello, la representación procesal de la parte apelante, en su escrito de alegaciones formulado ante esta Sala solicitó que se le declarara haber lugar a que la Administración le indemnice los daños y perjuicios causados por la prohibición decretada, daños que —dice la apelante— deben determinarse en ejecución de sentencia de acuerdo con el suplico de su demanda. Como quiera que en el escrito de alegaciones, la parte apelante señaló que en ningún caso alegó el artículo 106 de la CE, sino el artículo 40 de la LRJAE, el Abogado del Estado opone que la recurrente no ha cumplido con uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 40 de la LRJAE: probar la efectiva realidad del daño evaluable económicamente e individualizado.

3. La actuación administrativa puede producir un daño o lesión al administrado. En este supuesto, siempre que exista *relación de causabilidad* entre la actividad administrativa y la lesión o daño ocasionado y el daño no deba ser soportado por el administrado. Y el daño puede ser evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, como dice el artículo 40.2, primer inciso, de la LRJAE. Esa indemnización puede el interesado pedirla en procedimiento

administrativo independiente, previsto en la ley, o bien en vía contenciosa con arreglo a la LJCA (art. 40.2, último inciso), en cuyo caso el actor, a la acción de recurrir contra el acto administrativo, acumula la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2 de la CE y art. 40 LRJAE).

4. La simple anulación en vía administrativa o en vía jurisdiccional de una determinada resolución no significa, sin más, que esa anulación genere responsabilidad patrimonial. Será necesario analizar caso por caso para ver si se dan los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que se pueda condenar a la Administración al pago de una indemnización. En el caso que resolvemos, dado el planteamiento que en la demanda formuló el actor y el contenido del expediente administrativo y del proceso, no cabe duda de que se dan los requisitos para reconocer el derecho de la parte apelante a ser indemnizado. Bastará para ello tener en cuenta que aquellos requisitos han sido recogidos expresamente en la sentencia del Tribunal Constitucional citada (de la que trae causa la presente sentencia): precisa el Tribunal Constitucional que las resoluciones administrativas declaradas nulas supusieron un obstáculo *objetivamente constatable* a la difusión de las revistas a que se referían las resoluciones, porque se cerró "el acceso a un servicio público, aunque, como éste (se refiere el Tribunal Constitucional al servicio de Correos) no funciona como un monopolio, la empresa editora ha podido recurrir a medios privados de transporte y distribución, continuando la difusión de las revistas, si bien con el encarecimiento de costes que trae consigo el recurso a empresas privadas de transportes". Frente a esto no puede acogerse el argumento del Abogado del Estado, también apelante, de que no puede prosperar la pretensión de indemnización por falta de prueba de la efectiva realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado, ya que todos los argumentos que damos en esta sentencia son fundamento para la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado.

Y por todo lo razonado debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la empresa "Amaika, SA" y declarar —como pide— que procede declarar que ha lugar a ser indemnizada dicha empresa de los daños y perjuicios causados con la prohibición, por las resoluciones administrativas impugnadas, que fueron declaradas nulas. Los daños y perjuicios sufridos por la empresa "Amaika" han de ser determinados en ejecución de sentencia, por el Tribunal de la primera instancia (arts. 84.1 y 79.3 de la LJCA).» (*Sentencia de 2 de enero de 1996, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 173.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

