II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento. Nulidad. Efectos de la declaración.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Silencio administrativo:* 1. Certificación. Admisión de recurso a pesar de no haberse solicitado la certificación. 2. Plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa. Un año más seis meses. B) *Discrecionalidad y motivación. Nombramiento por el Gobierno de Teniente Fiscal.*—III. CONTRATOS: *Convenio urbanístico. Naturaleza de un Convenio de planeamiento. Impugnación y contenido.*—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía local. Competencia estatal en materia de renovación del padrón municipal.* B) *RD Legislativo 781/1986. Inadmisibilidad parcial del recurso por falta de objeto en relación a preceptos derogados al entrar en vigor la Ley 39/1988.* C) *Colaboración. Obligación del ente local de facilitar datos del Padrón Municipal a la Jefatura Provincial de Tráfico.* D) *Referéndum municipal. Agregación de un Municipio a otra Comunidad Autónoma.*—V. COLEGIOS PROFESIONALES: *Competencia para la regulación del turno de oficio.*—VI. DOMINIO PÚBLICO: *Costas. Acceso a la playa de una Isla. La imposición de servidumbre carece de contenido expropiatorio.*—VII. LIBERTADES PÚBLICAS: *Libertad de expresión y régimen disciplinario de la policía.*—VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Control de la declaración de urgencia.*—IX. PROCEDIMIENTO: *Sancionador. Caducidad del procedimiento y prescripción de la infracción.*—X. SANCIONES: A) *Reglamento de régimen disciplinario de la policía. «Non bis in idem» y vulneración de la libertad de expresión.* B) *Prueba. Denuncia realizada por empleado municipal posteriormente ratificada.*—XI. SERVICIO PÚBLICO: *Relación concesionario-usuario. Facturación excesiva por el concesionario.*—XII. URBANISMO: *Urbanismo y Ordenación del Territorio. Realización de obra pública que excede del ámbito urbanístico. Exención de licencia urbanística.*—XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Legitimación. Denegación a entidad ecologista que alega un interés general en relación a la actuación del Consejo de Seguridad Nuclear.* B) *Recurso de casación:* 1. Resoluciones contra las que procede. 2. Casación en interés de la ley y derecho autonómico. 3. Representación de las Comunidades Autónomas.—XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Carácter objetivo.* B) *Inactividad de la Administración.*

I. FUENTES

Reglamento. Nulidad. Efectos. Sólo entre las partes del proceso, sin que permita ejercer la acción de nulidad a tercero en relación a actos consentidos. Recurso de casación para la unificación de doctrina.

«La sentencia contra la que se interpone este recurso sienta la siguiente doctrina: la declaración jurisdiccional de la nulidad de pleno derecho (ex arts. 28 LRJAE y 47.2 de la LPA, vigente en la fecha de los actos recurridos) de una disposición administrativa (en concreto, de las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que imponían, como exigencia previa al otorgamiento de la licencia para construir en suelo urbano, el pago del importe de una liquidación provisional a cuenta en los expedientes de reparcelación económica) tiñe también de la misma invalidez (nulidad absoluta) a los actos dictados a su amparo (en el caso enjui-

ciado, el Decreto del Gerente de Urbanismo que cuantificó y exigió el pago de aquella liquidación provisional), por cuya razón no pueden ser objeto de convalidación ni de subsanación alguna, resultando susceptibles de impugnación en cualquier momento posterior, no siendo posible oponer por la Administración el transcurso del plazo previsto en el ordenamiento jurídico para proceder a su impugnación (en el caso enjuiciado, el plazo de un mes previsto en los arts. 52.2 de la Ley Jurisdiccional y 126.1 de la LPA), de modo que, por tratarse de una acción que el artículo 109 de la LPA configura como imprescriptible, cabe pretender fuera de aquel plazo la declaración de tal nulidad, con restablecimiento de la situación jurídica individualizada (en este supuesto, con devolución de la cantidad indebidamente ingresada). Al amparo de tal doctrina, la sentencia desestima la causa de inadmisibilidad invocada por la Administración demandada, estima el recurso contencioso-administrativo, anula los actos que habían desestimado la pretensión de devolución del importe de la liquidación y condena a la devolución de lo que entiende indebidamente abonado, con los intereses legales que asimismo determina.

La Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid invoca como doctrina contraria a la que acaba de resumirse la contenida en las siguientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: la de 10 diciembre 1992 (RJ 1992, 9753), recaída en el recurso de apelación número 9309/1990; la de 22 diciembre 1992 (RJ 1992, 9775), recaída en el recurso de apelación número 9311/1990; y la de 30 marzo 1993 (RJ 1993, 2525), dictada en el recurso de apelación número 8353/1990. La doctrina de estas sentencias, todas ellas referentes a otros litigantes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales —como reclama el art. 102.*a)*.1 de la Ley Jurisdiccional— puede resumirse así: la sentencia que anulara una disposición general, expulsándola del ordenamiento jurídico (86.2 de la Ley Jurisdiccional), produce efectos para las partes en el proceso, pero no reconoce la situación jurídica individualizada postulada por quienes no dedujeron la pretensión; la eficacia *ex tunc* de la declaración de la nulidad de pleno derecho de una disposición general (por razón de lo dispuesto en los arts. 47.2 de la LPA y 28 de LRJAE) se encuentra atemperada por lo establecido en el último inciso del artículo 120.1 de la LPA: subsisten los actos firmes dictados en aplicación de la misma; la anulación de los preceptos de las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que autorizaron las liquidaciones hechas efectivas y cuya devolución se pretende no produce efectos respecto de los Decretos del Gerente contra los que no se interpuso recurso dentro de plazo y que por ello ganaron firmeza con anterioridad a las sentencias que declararon la nulidad de pleno derecho de aquellas normas; por todo ello, lo procedente es desestimar las pretensiones de devolución objeto de los procesos tramitados en la instancia. En apoyo de esta tesis, la Gerencia igualmente invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional número 45/1989, de 20 febrero 1989 (RTC 1989, 45), sobre la no susceptibilidad de revisar las actuaciones administrativas firmes, doctrina sin duda a tener en cuenta de conformidad con lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Basta comparar una y otra doctrina para advertir de inmediato que la dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 15 de diciembre de 1992, en el recurso número 249/1992, está en oposición frontal con la de las sentencias del Tribunal Supremo resumidas, pese a darse todas las identidades exigidas por el artículo 102.*a)*.1 de la Ley Jurisdiccional. Hay, sin embargo, un extremo en aquélla que sí es coincidente con las del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992 y 30 de marzo de 1993. En las tres, considerando que el acto recurrido no es el decreto que requirió al pago de la liquidación sino el que desestima la petición de devolución, se concluye que el recurso debe ser admitido, si bien desestimado en cuanto al fondo. Esto es cabalmente lo que procede en nuestro caso: la sentencia debe ser considerada conforme a derecho en cuanto desestima la causa de inadmisibilidad alegada de contrario, pero en cuanto a sus restantes pronunciamientos, basados en unos argumentos contra-

rios a los de las sentencias del Tribunal Supremo antes mencionadas, opuestos, pues, a la doctrina legal, debe darse lugar a este recurso, casando y anulando aquélla, dejando sin efecto su fallo, declarando en su lugar la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Ramón P. J., contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición contra Acuerdo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, de 30 octubre 1991, denegatorio de la devolución de la cantidad ingresada por el recurrente en concepto de saldo a cuenta de la liquidación provisional de la reparcelación económica a efectuar, correspondiente a la finca sita en la calle Valdemarín, s/n, de Madrid. A este pronunciamiento llegamos teniendo en cuenta la naturaleza y el ámbito de este recurso de casación para la unificación de doctrina, concebido al servicio del mantenimiento de la unidad en la interpretación del ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir al servicio de los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad (arts. 9.3, 14. 103.1 y 106.1 de la Constitución Española) pues esta última padecería si, en presencia de identidad de situaciones, hechos, fundamentos y pretensiones, se llegase a respuestas judiciales diferentes. Concebido por el legislador este recurso en los estrictos términos que resultan de la norma que lo regula [art. 102.*a)* de la Ley Jurisdiccional], no cabe examinar las cuestiones que se plantean en el escrito de oposición al recurso, especialmente las referentes a la inexistencia de acto firme por tratarse de una liquidación provisional pendiente de confirmación y basada en una disposición nula de pleno derecho. Esta es una materia —como las demás que suscita el recurrido— que, repetimos, es ajena al ámbito estricto de este recurso.» *(Sentencia de 9 de octubre de 1996, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7415.)*

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Silencio administrativo.*

1. *Certificación. La falta de petición de certificación es un defecto procesal que no debe suponer en todo caso el cierre de la vía del recurso. Se admite el recurso pese a no haberse solicitado certificación de acto presunto.*

«El señor Abogado del Estado entiende que el recurso incurre en causa de inadmisibilidad, por aplicación del artículo 82.*c)* en relación con el 37 de la Ley de la Jurisdicción, porque para su eficacia los interesados deberán acreditar los actos presuntos mediante certificación, que en el presente supuesto no se ha solicitado, por lo que, en tanto la certificación no haya sido pedida, el acto presunto no despliega su eficacia, y ello determina que no pueda entenderse desestimada la petición de indemnización, ni, por consiguiente, existente el acto administrativo impugnado. El vicio que se invoca es puramente formal, porque en el caso de que fuera aceptado el motivo de inadmisibilidad alegado, como no consta que la Administración haya dictado acto expreso resolviendo la reclamación presentada, obligación que pesaba sobre ella conforme al artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), y de la que sólo quedaba dispensada en el supuesto de haber expedido la certificación de acto presunto (art. 43.1), el interesado tendría que solicitar de nuevo la expresada certificación, subsanando así el defecto producido, y reiterar su recurso ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con evidente daño del principio de economía procesal. La jurisprudencia ha establecido que la apreciación de los defectos procesales debe conectarse con la finalidad del defecto apreciado, de modo que no se produzca el efecto radical de cierre del proceso por el

hecho de haber tenido lugar un defecto fácilmente subsanable (bastaría con haber solicitado la certificación en cuestión) y cuya trascendencia no reclama en modo alguno aquella rigurosa solución. La Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1989, de 3 abril (RTC 1989, 62), expone (reiterando lo manifestado en Sentencia 49/1989 [RTC 1989, 49]), que, al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, el órgano judicial está obligado a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción de cierre del proceso y del acceso a la justicia que de él puede derivar y, además, permitir en lo posible la subsanación del señalado vicio procesal (fundamento jurídico 2). La doctrina se reproduce en la Sentencia 15/1990, de 1 febrero (RTC 1990, 15). En el supuesto que enjuiciamos no se ha solicitado por el recurrente la certificación de acto presunto, pero en 16 de enero de 1995 se recordó a la Administración la reclamación formulada, manifestando que no se había notificado resolución alguna y afirmando que se entendía por tanto desestimada la solicitud y se comunicaba el propósito de interponer recurso contencioso-administrativo, momento en que la Administración pudo expedir la certificación de acto presunto, si no pensaba cumplir la obligación que le impone la ley de dictar resolución expresa. La falta de petición específica de la certificación de acto presunto, cuando la Administración ha conocido que no había resuelto una determinada reclamación ante ella presentada, carece de entidad suficiente para determinar el cierre del proceso mediante la aceptación de la causa de inadmisibilidad invocada por el señor Abogado del Estado, pues no se advierte en qué tal omisión puramente formal puede causar lesión a los intereses de la Administración del Estado, que no ha dictado resolución expresa en el expediente, como era su deber, habiendo tenido conocimiento de que el interesado considera su petición denegada por silencio administrativo. En consecuencia debemos rechazar la causa de inadmisibilidad opuesta por el señor Abogado del Estado.» *(Sentencia de 8 de octubre de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6992.)*

2. *Plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa. Análisis de la evolución jurisprudencial. Se niega que pueda entenderse el plazo abierto indefinidamente en caso de denegación presunta. Se establece un plazo de un año y seis meses de conformidad con los artículos 79 de la LPA y 58.2 de la LJCA.*

«Son hechos determinantes de la cuestión debatida, los siguientes:

a) El Ayuntamiento de Alzira, a consecuencia de las declaraciones formuladas por doña Ana Y. B., giró las dos liquidaciones controvertidas, por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, en fecha 24 de octubre de 1986.

b) El 4 de diciembre de 1986, doña Ana Y. B., presenta sendos recursos de reposición contra las indicadas liquidaciones. En los expedientes administrativos consta un requerimiento a la obligada tributaria, de 9 de enero de 1987, a fin de que aporte una serie de documentos, cumplimentado por ésta el 17 de enero, y un informe interior del arquitecto municipal, de 11 de abril de 1989, sobre clasificación del suelo y gestión de los terrenos de autos.

c) El 6 de febrero de 1990, doña Ana Y. B., interpone recurso contencioso-administrativo contra las liquidaciones giradas por el Impuesto, señalando que están pendientes de resolver los recursos de reposición presentados.

De los anteriores hechos resulta que, entre la desestimación presunta por silencio del recurso de reposición o la formulación de éste —el 4 de diciembre de 1986— y la promoción, el 6 de febrero de 1990, del Recurso contencioso-administrativo número 151/1990, había transcurrido el plazo que, según la interpretación jurisprudencial dada al artículo 58 de la LJCA, está previsto en el mismo.

En efecto, como se establece en la Sentencia de esta Sección y Sala de 14 octubre 1992 (RJ 1992, 8260), la suerte de la impugnación del recurrente está ligada, ciertamente, al valor que demos a la comentada desestimación presunta por silencio (dentro todavía de la LPA de 1958). Respecto a ello, el Tribunal Supremo no venía manteniendo, hasta la indicada sentencia, un criterio uniforme: en ocasiones, se había exigido, sin matización alguna, la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo del año que impone el artículo 58 de la LJCA, tanto para los supuestos de silencio producido en vía de petición, como en vía de recurso (en que no se requiere presentar denuncia de mora). En otras, se ha incrementado dicho plazo en tres meses, cuando se trata de denegación presunta del recurso de alzada (Sentencias de 30 marzo, 5 mayo y 26 julio 1989 [RJ 1989, 2151, 3738 y 5863] y 14 marzo 1991 [RJ 1991, 2233]). Y, en las Sentencias de 24 febrero 1988 (RJ 1988, 1489) y 4 mayo 1990 (RJ 1990, 3798), se ha permitido rehabilitar el plazo de impugnación pidiendo a la Administración que cumpla con su obligación de resolver el recurso ante ella deducido (al modo de la denuncia de mora a que antes hemos hecho referencia), y, en la Sentencia de 16 octubre 1987 (RJ 1987, 7317), se inicia una tesis, seguida después por la Sentencia de 28 noviembre 1989 (RJ 1989, 8359), que armoniza la interpretación del artículo 58.2 de la LJCA con lo declarado por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 21 enero 1986 (RTC 1986, 6) y 21 diciembre 1987 (RTC 1987, 204), según la cual "en estos casos de silencio negativo puede entenderse, como máximo, que el particular conoce el texto íntegro del acto —la denegación por silencio—, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que, siendo entonces defectuosa, conforme a la LPA, sólo surtirá efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente, o por el transcurso de seis meses", concluyendo, por lo que ahora interesa, que "puede calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una notificación defectuosa".

Ello da lugar a la aplicación del artículo 79 de la LPA y, por tanto, a una ampliación del plazo de un año del artículo 58.2 de la LJCA por seis meses más. Lo que no existe, en la jurisprudencia analizada, es la posibilidad de considerar indefinidamente abierto el plazo para recurrir en caso de denegación presunta del recurso de reposición, con olvido de los límites impuestos por el referido artículo 58.2 y del principio de seguridad jurídica a que responde.» *(Sentencia de 23 de noviembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8325.)*

B) *Discrecionalidad y motivación. Resolución por la que se acuerda no designar a un cargo de libre designación en desacuerdo con la propuesta del órgano proponente. Nombramiento por el Gobierno de Teniente Fiscal. Voto particular.*

«El Fiscal General del Estado, previo informe favorable del Consejo Fiscal, remitió al Ministerio de Justicia e Interior, para su elevación al Consejo de Ministros, la propuesta de nombramiento como Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional del Ilmo. señor don Juan José B. de C. En base a lo anterior, de conformidad con los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 diciembre, a propuesta del Ministro de Justicia e Interior y previa deliberación en su reunión del día 2 de junio de 1995, el Consejo de Ministros acordó no aceptar la propuesta del Fiscal General del Estado para nombrar a don Juan José B. de C. Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo

ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, por los trámites del procedimiento especial en materia de personal, la "Asociación de Fiscales", Asociación Profesional de miembros en activo de la Carrera Fiscal, solicitando en su escrito de demanda que se dicte sentencia declarando nulo el acto impugnado, por haberse dictado con desviación de poder y sin fundamentación alguna, declarando asimismo el derecho del señor B. a ser nombrado Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, con efectos retroactivos al momento en que se dictó la resolución combatida.

El señor Abogado del Estado, parte recurrida en el presente proceso, entiende que el recurso es inadmisible, porque no se pide al Tribunal que examine las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos legales en que el Consejo de Ministros hubiera haber podido incurrir al adoptar la decisión impugnada, sino que se solicita al órgano jurisdiccional que sustituya al Gobierno en la propia resolución y le imponga una determinada persona como Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, función que no corresponde a los órganos de la Jurisdicción, según lo establecido en los artículos 117.4 de la Constitución, 2.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley Jurisdiccional. No podemos aceptar la alegada causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo porque, invocándose como motivo del mismo la desviación de poder en que la Administración ha podido incurrir, el Tribunal tiene facultad no sólo para anular el acto impugnado, sino para reconocer a favor de don Juan José B. de C., si fuese procedente, la situación jurídica individualizada que se postula (su nombramiento para el cargo cuestionado) y para adoptar cuantas medidas fueran necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, de acuerdo con lo prevenido en el apartado *b)* del artículo 84 de la citada Ley de la Jurisdicción. La causa de inadmisibilidad debe pues ser rechazada.

El señor Abogado del Estado opone a la admisibilidad del recurso una segunda excepción, consistente, a su juicio, en que al presentar la demanda no se han cumplido los requisitos formales exigidos para dicho escrito [artículo 82.*g)* de la Ley de la Jurisdicción], ya que no se hace expresión de la "súplica" como requisito de forma esencial en los escritos forenses, sino que se sustituye con la expresión "solicitamos". Esta objeción carece de un mínimo fundamento y obedece a un extremado formalismo procesal, que olvida que el cumplimiento de las formalidades procesales debe entenderse, en aplicación del principio *pro actione* que resulta del artículo 24 de la Constitución, del modo que mejor sirvan a la consecución de la finalidad del proceso, que no es otra sino que las partes obtengan una respuesta jurisdiccional a sus pretensiones de fondo. En el supuesto que enjuiciamos la pretensión que la "Asociación de Fiscales" articula en su escrito de demanda es perfectamente clara, por lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 69.1 de la mencionada Ley de la Jurisdicción, lo que comporta rechazar esta segunda causa de inadmisibilidad del recurso alegada.

El primer motivo de la impugnación realizada por la "Asociación de Fiscales" consiste en afirmar que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 infringe el artículo 54.1 letras *a), c)* y *f)* de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), que exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, los que se separen del dictamen de órganos consultivos (se menciona al respecto al Consejo Fiscal) y los que se dicten en virtud de potestades discrecionales. En el caso enjuiciado nos encontramos ante una resolución del Consejo de Ministros que no acepta la propuesta formulada por el Fiscal General del Estado para cubrir un cargo de libre designación, respecto del cual la ley le concede facultades discrecionales para verificar el nombramiento y, por tanto, para rechazar una propuesta al respecto, ya que no existen diferencias con alcance y efectos jurídicos entre los cargos denominados de libre designación y los de nombramiento discrecional. La potestad de libre designación del Consejo de Ministros respecto del cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional resulta del ar-

tículo 36.1, en relación con el 13, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Pues bien, el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales [letra *f)* del art. 54.1 de la LRJ-PAC] consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza, que la autoridad facultada para la designación ha de tener (o no tener) en la persona designada (o cuya propuesta de designación se rechaza), relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. La ley, cuando delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la Administración ejercite su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue, y que le ofrece una especial confianza para ello, circunstancias que lógicamente variarán según el momento en que se produzca el nombramiento y las personas que ejerzan la autoridad llamada a verificar tal nombramiento, que, en un sistema democrático, pueden pretender en momentos distintos de tiempo finalidades diferentes en razón de su ideología. De lo expuesto se deriva que, respetándose los elementos reglados en el nombramiento, la autoridad a que la ley confiere la facultad de libre designación para un cargo determinado pueda otorgar a una u otra persona su confianza para el desempeño del cargo, sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona. A ello se añade la consideración de que la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado o no designado para un cargo no serían susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, que es el fundamento esencial del requisito de la motivación de los actos administrativos. La motivación de la resolución de no designar para un cargo de libre nombramiento a la persona propuesta (supuesto del presente litigio), que tendría que limitarse a una referencia a que las condiciones concurrentes en la persona rechazada no se estimaban suficientes por la autoridad competente para depositar en ella su confianza para el desempeño del cargo, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública, no se traduciría en una proposición con eficacia jurídica, no dejando de ser sino la simple expresión de la facultad discrecional que es el verdadero fundamento o motivación del acto administrativo.

El artículo 36 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ya mencionado, prescribe que el cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional se proveerá por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado. Siendo pues un cargo de libre designación o de designación discrecional del Gobierno, ya que no hallamos distinción entre uno y otro concepto, para el nombramiento a favor de determinada persona que reúna los requisitos legales oportunos, o para denegar el nombramiento a la persona propuesta por el Fiscal General del Estado, el Consejo de Ministros no tiene que invocar otra motivación que los preceptos legales que le conceden la facultad, que forma parte de la potestad organizatoria de la Administración, de verificar tal designación o de negarla con carácter discrecional. En el caso presente la denegación realizada lleva implícita la razón de que la persona propuesta no tenía la confianza del Consejo de Ministros en el momento en que se *decidió sobre dicha propuesta, sin que entendamos necesario exigir como motivación* una declaración puramente formal sobre tal circunstancia. Este criterio ya fue puesto de manifiesto por la Sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 mayo 1991 (RJ 1991, 4120) (anterior a la promulgación de la LRJ-PAC), que, aceptando los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, expresa que, tratándose de un acto discrecional, la exigencia de motivación va ínsita en el mismo acto y estima la Sala que es suficiente la referencia a "las atribuciones que le han sido conferidas a la autoridad que dispone el cese" para estimar cumplido el requisito de la motivación; añadiendo que "si el nombramiento no hubo que motivarlo precisa-

mente porque era discrecional y fue suficiente la referencia a las normas que lo autorizaron", lo mismo debe bastar para el cese. Entendemos que esta doctrina es aplicable después de la entrada en vigor de la LRJ-PAC, ya que, como hemos expresado, el nombramiento (o denegación de nombramiento) para un cargo de libre designación es una categoría singular de los actos discrecionales, en que la resolución administrativa, al invocar las normas que facultan para la libre designación, lleva implícita la motivación de que la persona designada (o rechazada) tiene (o no tiene) la confianza de la autoridad a quien la ley otorga la potestad para la libre provisión del cargo. En suma, hallándonos ante un nombramiento discrecional, la denegación del nombramiento a favor de determinada persona propuesta para el cargo no exige otra motivación —precisamente por su naturaleza discrecional, que implica el fundamento de la falta de confianza en la persona propuesta—, que la mención de las normas que autorizan al órgano autor del acto (el Consejo de Ministros) para ejercitar tales facultades, mención que se verifica en el acuerdo impugnado, con cita de los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que conduce a entender que dicho acuerdo encuentra debidamente motivado a los efectos de los apartados *a)*, *c)* y *f)* del artículo 54.1 de la LRJ-PAC. Por otra parte, la resolución recurrida no se aparta del dictamen de un órgano consultivo [apartado *c)* antes señalado], ya que la propuesta del Pleno del Consejo Fiscal, documentada en acta de la sesión del día 1 de febrero de 1995, no constituye realmente un informe razonado de los motivos que la fundamentan, limitándose a exponer la intervención de algunos Vocales que destacaron los méritos concurrentes en el solicitante (méritos que la Sala no pone en duda) y reflejando el resultado de la votación (en el que se abstuvieron tres Vocales), por lo que el Excmo. señor Fiscal General del Estado informó al Pleno que haría la propuesta de nombramiento en favor de don Juan José B. de C., pero sin expresar las razones del Consejo, en cuanto órgano consultivo, que justificaban la propuesta. La consideración de que la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995, objeto de impugnación por la "Asociación de Fiscales", se encuentra debidamente motivada, daba su naturaleza, conduce a la desestimación de esta causa del recurso.

La "Asociación de Fiscales" atribuye a la Resolución del Consejo de Ministros de 2 junio 1995 el vicio de desviación de poder, esto es, entiende que el Consejo de Ministros ha ejercitado la potestad administrativa de denegar el nombramiento cuestionado a don Juan José B. de C. por una razón o finalidad distinta a la fijada por el ordenamiento jurídico. Ante todo debemos afirmar que no existe en el supuesto examinado alteración de la carga de la prueba, obligando a la Administración a demostrar que su resolución se ajusta al espíritu de la norma que permite la discrecionalidad de la denegación del nombramiento postulado. La Administración, como ha quedado expuesto, ha motivado suficientemente su acuerdo. Si la parte recurrente pretende que prospere su alegación de desviación de poder, que equipara al fraude a la ley y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), lo primero que ha de verificar es señalar de una manera concreta cuál era el fin perseguido por el Consejo de Ministros, distinto del querido por la ley, para no designar al candidato propuesto para el cargo por el Fiscal General del Estado. Naturalmente que la resolución impugnada se adopta en atención a la persona del propuesto, ya que se trata de denegar un nombramiento para un determinado cargo de una persona perfectamente identificada, por lo que el acuerdo ha de formularse en directa relación con dicha persona. Pero los datos que la "Asociación de Fiscales" menciona (cualidad de único del peticionario, informe favorable del Consejo Fiscal y del Fiscal General del Estado, condiciones personales del afectado) no exigen que el Consejo de Ministros hubiera tenido que designar forzosamente al propuesto, privándole de sus facultades discrecionales al respecto. La parte recurrente no absuelve la carga de alegar qué finalidad distinta a la querida por el ordenamiento jurídico ha perseguido la resolución del Gobierno, ni menos aún aporta una prueba, aunque sea meramente indiciaria, de que se ha pretendido con la denegación del nombramiento propuesto otra finalidad que la de no designar para el

cargo a persona a quien el Consejo de Ministros no estimaba idónea para desempeñarlo, según las circunstancias del momento, y atendida la cualidad de cargo de confianza para la autoridad que verifica el nombramiento que tienen los cargos de libre designación, por lo que el Consejo de Ministros ejercitaba legítimamente la potestad discrecional que le otorga la ley. Repitamos una vez más que las simples conjeturas, las interpretaciones capciosas o las afirmaciones sobre la motivación de un acto administrativo carentes de unos indicios que permitan deducir su veracidad, no pueden fundar un reconocimiento de que la Administración ha incurrido en el grave vicio de la desviación de poder. En consecuencia, debemos desestimar este segundo motivo y, con él, el recurso contencioso-administrativo hecho valer por la "Asociación de Fiscales", al no apreciar en el acto impugnado la concurrencia de desviación de poder.

No concurren las circunstancias exigidas por el artículo 113 de la Ley Jurisdiccional a efectos de una especial imposición de costas.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a la Sentencia de 10 enero 1996, recaída en el Recurso contencioso-administrativo núm. 554/1995.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Acepto y comparto plenamente los ordinales 1.º y 3.º de la sentencia mayoritaria, que deben darse aquí por reproducidos, así como el rechazo del primero de los motivos de inadmisibilidad opuesto por el Abogado del Estado, contenido en el 2.º, si bien me veo precisado de introducir una cierta matización complementaria en su argumentación, por razón de coherencia con la decisión final que propugno.

Entiendo que la petición de que se declare el derecho del señor B. a ser nombrado para el cargo para el que fue propuesto, tiene su marco procesal idóneo en los artículos 42, y, en su caso, 84.*b)* de la Ley Jurisdiccional, siendo ello suficiente para justificar procesalmente la admisibilidad de tal pretensión, independientemente de la suerte final de la misma, en la que deberá ponderarse si el Gobierno está vinculado por la propuesta, o le cabe frente a ella una posibilidad de disentimiento, lo que no corresponde al plano procesal de los requisitos de admisibilidad, sino al fondo del litigio.

No me parece, no obstante, que la alegación del vicio de desviación de poder, que se trae a colación en el fundamento de derecho 2.º de la sentencia mayoritaria, deba desempeñar ningún papel en orden a la admisibilidad de la pretensión de declaración de derecho al nombramiento, como parece indicarse en dicho fundamento.

Se alega por la Asociación recurrente, como primer motivo para la anulación del acuerdo recurrido, que la Resolución del Consejo de Ministros de 1 junio 1995 infringe el artículo 54.1, letras *a)*, *c)* y *f)* de la Ley 30/1992, que exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, los que se separen del dictamen de órganos consultivos (condición asignada en este caso a la intervención del Consejo Fiscal) y los que se dicten en virtud de potestades discrecionales.

En el presente caso, solicitado por el Ilmo. señor don Juan José B. de C. el nombramiento para el cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal, en la que a la sazón ejercía el cargo de fiscal, siendo el único solicitante, informada favorablemente por el Consejo Fiscal la propuesta de su nombramiento, a realizar por el Excmo. señor Fiscal General del Estado, y realizada por éste la correspondiente propuesta en favor del primero, la resolución del Consejo de Ministros aquí recurrida, comunicada al Excmo. señor Fiscal General del Estado, según la referencia de

la misma del Excmo. señor Ministro de Justicia, es del siguiente y escueto tenor literal:

"En relación con la propuesta de nombramiento del Ilmo. señor don Juan José B. de C. como Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, participo a V.E., a los efectos oportunos, que el Consejo de Ministros, por Acuerdo 1 junio 1995, ha acordado no aceptar dicha propuesta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal".

La cuestión que se suscita es doble: *a)* la de si los preceptos aludidos por la Asociación recurrente son aplicables a este caso, para fundar la exigencia de motivación; y *b)* en caso positivo, si con la simple alusión a los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal puede entenderse cumplida la necesidad legal de la motivación.

En cuanto a la primera de las dos cuestiones, los supuestos legales en que la recurrente funda la exigencia de motivos son tres. De ellos parece clara la aplicabilidad al caso de los contenidos en los apartados *a)* y *f)* del artículo 54.1 de la Ley 30/1992, no ajustándose, por el contrario, estrictamente a él la del apartado *c)*, pues ni la propuesta del Excmo. señor Fiscal General del Estado, ni el informe del Consejo Fiscal, a que se refiere el artículo 13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981) (EOMF, en adelante) tienen adecuado encaje en el concepto legal de "dictamen de órganos consultativos", ya que ni aquellos propuesta e informe son propiamente dictamen, ni la respectiva calidad subjetiva de los citados órganos del Ministerio Fiscal es la de órganos consultivos.

Habida cuenta de la existencia al menos de un interés legítimo en el señor B. en cuanto a su nombramiento para el cargo para el que había sido propuesto, y que la denegación del mismo es inequívocamente limitativa de ese interés, el encaje del caso en el supuesto del apartado *a)* del artículo 54.1 de la Ley 30/1992 no parece que pueda ofrecer dudas.

Como no la ofrece la aplicabilidad del apartado *f)* del mismo artículo, partiendo del carácter discrecional del nombramiento por parte del Gobierno.

Conviene destacar, para resaltar la necesidad de la motivación, que tanto la referencia a los intereses legítimos como la de los actos discrecionales en los apartados *a)* y *f)* son novedad de la Ley 30/1992, respecto a la precedente Ley de Procedimiento Administrativo, lo que evidencia una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por la plasmación en sede de ley ordinaria de las exigencias ligadas al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

En realidad el debate no se centra en la exigencia de la motivación, sino en la segunda de las cuestiones antes apuntadas: la de si con la simple alusión a los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal queda satisfecha aquella exigencia legal.

Se impone una respuesta negativa, pues tal cita omite la expresión de las razones de hecho y de derecho, que evidencien que el ejercicio de la potestad administrativa en el sentido en que se ejercitó; esto es, denegando un nombramiento propuesto por el Fiscal General del Estado con el informe favorable del Consejo Fiscal, se adecua a criterios de razonabilidad y de juridicidad.

La cita de los referidos preceptos no tiene otro alcance que el de identificar la potestad del Gobierno para el nombramiento propuesto, y, en su caso, para referir esa potestad a la categoría de los actos discrecionales; pero la exigencia legal de motivación de los actos discrecionales no puede entenderse satisfecha con esa sola referencia.

Como se dice en nuestra Sentencia de 18 abril 1990 (RJ 1990, 3600) (Sección 6.ª), la motivación "ante todo, y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal —exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo— no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de

criticar las bases en que se funda; además y en último término la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración —art. 106.1— que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios".

Es preciso insistir en el elemento de innovación que supone en nuestro ordenamiento jurídico el hecho de que el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 haya incluido entre los actos administrativos, para los que la Ley exige la motivación, "los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales", supuesto que no tenía correlato en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; pero que en realidad contaba en favor de esa exigencia con una sólida corriente doctrinal y jurisprudencial (Sentencias entre otras, del Pleno de este Tribunal en materia de nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial de 22 febrero y 29 septiembre 1988 y 16 enero 1989).

Explicitado ya en sede de Ley el nuevo supuesto de necesaria motivación, la simple referencia a los preceptos atributivos de la potestad no implica sino el encuadramiento del acto correspondiente en el supuesto del párrafo *f)* del artículo 54 de la Ley 30/1992; pero es a partir de ese encuadramiento, como debe operar la exigencia legal a él referida.

La simple alusión a la titularidad de la potestad, como motivación del acto, no expresa sino un inaceptable voluntarismo subjetivo, sin aporte alguno de racionalización objetiva, lo que es impropio de un Estado de derecho, en el que está constitucionalmente vedada la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Las finalidades de la motivación, aludidas en la Sentencia antes citada de 18 abril 1990, en modo alguno quedan satisfechas, cuando el acto no tiene sobre el particular otra expresión que el puro decisionismo.

No se facilita con tal modo de proceder la más mínima base para ponderar las causas del acto, la "seriedad en la formación de la voluntad de la Administración", ni para permitir "la posibilidad de criticar las bases en que se funda", por parte del administrado, o el control jurisdiccional.

Adviértase que el artículo 54 de la Ley 30/1992 exige para la motivación una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho", y la expresión de los hechos debe ser lógicamente algo más que la simple referencia a los trámites del procedimiento, que es lo único muy sucintamente aludido en el acuerdo impugnado.

Ha de concluirse así que el acto recurrido infringe las exigencias del artículo 54.1.*a)* y *f)* de la Ley 30/1992, incurriendo por ello en un vicio de fondo, determinante de su anulabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la propia Ley.

Especialmente debo mostrar mi razonada discrepancia de la argumentación del parecer mayoritario recogido en la sentencia.

En síntesis, aquélla consiste en la afirmación básica de que el nombramiento denegado por el Consejo de Ministros se refiere a "un cargo de libre designación", respecto del cual tiene aquél "facultades discrecionales"; que "el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de actos discrecionales [letra *f)* del artículo 54.1 de la LRJ-PAC], consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza" (F. 4.º de la sentencia); y que "la denegación realizada lleva implícita la razón de que la persona propuesta no tenía la confianza del Consejo de Ministros en el momento en que se decidió sobre dicha propuesta (sin que se entienda) necesario exigir como motivación una declaración puramente formal sobre tal circunstancia", y, en su suma, que "ante un nombramiento discrecional, la denegación del nombramiento a favor de determinada persona propuesta para el cargo no exige otra motivación —precisamente por su naturaleza discrecional, que implica el fundamento de la falta de confianza en la persona propuesta— que la mención de las normas que autorizan al órgano autor del acto (el Consejo de Ministros) para ejercitar tales facultades".

Entiendo, frente a ese planteamiento, que ni es acertado hablar en este caso de "cargo de libre designación"; ni tiene consistencia la configuración del nombramiento para esos cargos como una especie singular dentro de la categoría genérica de actos discrecionales, para desembocar en la modalización concreta de la motivación, en que se desemboca; ni, finalmente, la alusión a la relación de confianza del Consejo de Ministros, me parece adecuada en su referencia a los cargos del Ministerio Fiscal".

Estimo carente de base legal atribuir la calificación de "cargo de libre designación" del Consejo de Ministros a un cargo, para cuyo nombramiento la Ley exige una propuesta del Fiscal General del Estado y un informe previo del Consejo Fiscal (art. 13.1.º del EOMF, Ley 50/1981), y respecto del que la Ley elude esa calificación, lo que contrasta con otras normas legales, en las que de modo explícito se utiliza aquélla en los supuestos a que se refiere [art. 20.1.*b)* de la Ley 30/1984, p. ej.], y en las que no puede trazarse un adecuado paralelismo con el supuesto sobre el que aquí se debate.

El que pueda existir un elemento final de discrecionalidad en el órgano que tiene atribuida la potestad legal para nombrar, no basta para poder considerar el cargo en cuestión como de "libre designación", cuando ésta viene restringida por la Ley en los términos que se señalaron (propuesta del Fiscal General del Estado e informe previo a ésta del Consejo Fiscal).

Resulta además la referida una categoría extravagante en el marco estructural definido en el EOMF, cuyo artículo 2.º (extrayendo sin duda las consecuencias sistemáticas de la inclusión del Ministerio Fiscal en el Título VI de la Constitución: Del Poder Judicial) afirma su integración en el Poder Judicial, aunque con autonomía funcional.

Esa integración, legalmente establecida, creo que debe aportar una ineludible clave ordinamental a la hora de explicar la posición del Gobierno en los nombramientos a él atribuidos.

Conviene precisar que el principio de unidad y dependencia, como rasgo estructural del Ministerio Fiscal (diferencial respecto a la Carrera Judicial), tiene relación con la dependencia de sus miembros respecto del Fiscal General del Estado; pero no así ni de éste ni de los demás miembros con el Gobierno, lo que no se aviene con el dato de la integración de la institución en el Poder Judicial, al que parece repugnar la idea de cargos de libre designación del Gobierno, propia del orden administrativo.

Desde esa clave de interpretación hay incluso razones para dudar de si el elemento de discrecionalidad es referible a los momentos de informe del Consejo Fiscal y de propuesta del Fiscal General del Estado, y no tanto al de la decisión del Consejo de Ministros.

En ese marco, referir los nombramientos de cargos del Ministerio Fiscal (distintos del Fiscal General del Estado) a presupuestos de confianza del Gobierno, creo que no se adecua al cambio operado en esa Institución por su Estatuto Orgánico, y puede representar conceptualmente un paso atrás en su evolución histórica, hasta llegar a su actual encuadramiento constitucional y legal.

Negada la configuración del cargo sobre el que se debate como de libre designación, creo que desaparece la oportunidad de aplicar a este caso la construcción doctrinal de la sentencia sobre este tipo de cargos, como especie singular dentro de la categoría genérica de actos discrecionales.

Pero en todo caso, tal construcción adolece, a mi juicio, de un exceso de voluntarismo, pues no existe base legal para ella, y sobre todo para la conclusión final en la que se desemboca, que es, prácticamente, la de exonerar al pretendido acto específico de la exigencia de motivación, establecida para la categoría en que se integra, lo que se suple por la sola referencia al hecho determinante de la integración en ella: la atribución de la potestad discrecional.

Si el nombramiento para un cargo de libre designación es una especie de la categoría de actos discrecionales, como dice la sentencia (criterio que no tengo inconve-

niente en compartir en un plano teórico), la conclusión lógica es la de que, a menos que exista una Norma Legal de rango suficiente, que modalice en algún sentido el régimen de la motivación de esta especie de actos, la inclusión en esa categoría sujeta al acto específico a las mismas exigencias de motivación, establecidas legalmente para toda la categoría.

Proponer como motivación idónea, lo que es simplemente elemento de inclusión en la categoría, pues tal es la referencia a los preceptos que atribuyen la potestad discrecional, creo que supone un contrasentido lógico inaceptable.

Me preocupa especialmente que una de las primeras sentencias de este Tribunal sobre la aplicación del artículo 54.1.*f)* de la Ley 30/1992, pueda proclamar una teoría que (a mi personal criterio, y afirmando una vez más mi respeto por el contrario), prácticamente le priva de su virtualidad innovadora, y que viene a consolidar rasgos autoritarios, que creía llamados a desaparecer en el actual marco constitucional y legal derivado.

La invocación en la Sentencia de la de 18 mayo 1991 (RJ 1991, 4120) (sobre cuya data anterior a la Ley 30/1992 llama la atención aquélla) no me parece oportuna, pues no en vano es después de dicha sentencia, cuando la nueva Ley ha incluido el nuevo supuesto de los actos discrecionales en el elenco de necesitados de motivación, lo que supone un cambio significativo respecto al ordenamiento jurídico, en cuyo marco se dictó la Sentencia de 18 mayo 1991.

Que después de ese cambio legal pueda invocarse, para reforzar la tesis proclamada en la sentencia, la antes referida, supone tanto como establecer de hecho que el cambio legal es inoperante, pues tanto antes, como después de él, la motivación exigible al acto discrecional puede ser la misma.

No está de más destacar que esa sentencia en un plano doctrinal suponía incluso un paso atrás en una línea evolutiva sobre la exigencia de motivación de actos discrecionales, que tenía, a mi juicio, una más plausible manifestación en las Sentencias antes referidas del Pleno de este Tribunal de 22 febrero y 29 septiembre 1988 (RJ 1988, 1344 y 1447), 16 enero 1989 (RJ 1989, 9859), y la de 18 abril 1990 (RJ 1990, 3600) de la Sección 6.ª de esta Sala.

La "Asociación de Fiscales" atribuye a la Resolución del Consejo de Ministros de 1995 el vicio de desviación de poder, aduciendo al respecto: *a)* que "la denegación expresa de nombramiento se ha producido, no por razones objetivas, sino exclusivamente en atención a la persona propuesta para el cargo, sin que, lógicamente, podamos determinar cuáles son las que han llevado a dicha denegación"; *b)* que "el incumplimiento de la triple necesidad legal de fundamentación del acto denegatorio del nombramiento provoca... una 'alteración de la carga de la prueba'"; *c)* se ofrece una prueba indiciaria de la desviación alegada (la de que es sólo "una acepción de persona constitutiva de desviación de poder y, en definitiva, incursa en arbitrariedad manifiesta"), de la que se indican como hechos base los datos profesionales del candidato propuesto, señor B. (treinta años de Fiscal, y más de diez destinado en la Escala ante el Tribunal Constitucional, en cuyo destino en el año 1988 le fue otorgada la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, por su trabajo desarrollado de dicha Fiscalía), la circunstancia de que fue el único peticionario y de que su petición fue asumida por el Fiscal General del Estado con un informe del Consejo Fiscal, y la absoluta falta de fundamentación del acto recurrido, lo que, en criterio de la parte, a través de un razonamiento lógico evidencia que se carece de fundamentos reales y serios para la denegación.

Centrados los términos del debate en orden a la desviación de poder, debe decirse que si, en efecto, la denegación del nombramiento del señor B. por el acuerdo recurrido, no tuviera otra finalidad que la exclusión personal del mismo, desde una perspectiva negativa de acepción de personas, tal personalización, contraria a la objetividad que debe presidir la actuación administrativa (art. 103.1 CE), sería exponente de un fin desviado, siendo alojable tal fenómeno en la amplia definición del vicio de desviación de poder del artículo 83.3 de nuestra Ley Jurisdiccional.

Sin necesidad de extendernos aquí en la exposición de la teoría de la desviación de poder en su proyección jurisdiccional, sobre la que existen recientes e ilustrativas sentencias, a las que basta con que nos remitamos desde ésta (Sentencias de 2 abril 1993 [RJ 1993, 2755], de esta Sala y Sección, F. 2.º; de 2 diciembre 1993 [RJ 1993, 9455], de esta Sección, F. 2.º; de 14 julio 1995 [RJ 1995, 5752], de esta Sección, F. 3.º; de 29 septiembre 1995 [RJ 1955, 6910], de la Sección 4.ª, F. 5.º; y de 2 febrero 1996 [RJ 1996, 1141], de la Sección 2.ª, F. 2.º), conviene tan sólo retener aquí de esa teoría los datos de que es posible la concurrencia del vicio de desviación de poder con otros vicios de nulidad del acto; que el vicio de desviación de poder se da, cuando se persigue un fin distinto que el que corresponde al acto, sin necesidad de que el fin desviado deba ser en sí inmoral o estrictamente privado; y que la imputación inicial de la carga de la prueba a la parte que alega el vicio, permite que esa carga se levante por medio de la prueba de presunciones, sin exigir una prueba directa y plena, pudiéndose modular la regla de carga de la prueba, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad en virtud del principio de la buena fe procesal.

A partir de esos elementos, debemos insistir en lo ya adelantado antes, acerca de que el puro fin de exclusión personal, como acepción negativa respecto de una persona concreta, debe considerarse como un fin rechazable.

Si con carácter general la acepción de personas en sentido positivo se ha considerado con frecuencia en materia de concursos sobre provisión de plazas públicas como fin desviado (Sentencias, entre otras, de 7 abril, 10 julio y 30 noviembre 1992 [RJ 1992, 2841, 6064 y 9396] de esta Sección), es lógico entender que esa misma personalización en sentido negativo es acreedora de idéntico reproche.

El carácter discrecional del nombramiento sobre el que aquí se debate no es elemento determinante para poder dar cabida en él a una posible acepción de personas, positiva o negativa. Una cosa es que la discrecionalidad permita que la autoridad, llamada a hacer el nombramiento, para discernirlo, pueda tener en cuenta, en sentido positivo o negativo, circunstancias no prefijadas en la Ley, en función de las cuales el candidato propuesto pueda considerarse idóneo o inidóneo para el cargo, atendiendo incluso a elementos de oportunidad, referibles al momento concreto, y otra distinta que sea el elemento estrictamente subjetivo de la afección o desafección de candidato, sin consideración a su idoneidad o inidoneidad para el cargo, el elemento decisivo.

La objetividad en el servicio a los intereses generales que establece, como principio cardinal, el artículo 103.1 CE y el imperativo de la igualdad de las condiciones en el acceso a funciones públicas, establecido en el artículo 23.2 CE, cierran el paso a puros criterios de afección o desafección personal.

Los elementos señalados por la recurrente, para evacuar su carga probatoria de la desviación de poder, son suficientemente relevantes, para asentar sobre ellos una base convincente de una prueba de presunciones (arts. 1249 y 1253) demostrativa, de que en este caso es sólo un motivo de exclusión personal del señor B. el que explica la denegación de su nombramiento, fin desviado que debe estimarse así adecuadamente probado por la recurrente.

El que pudiera existir una razón objetiva admisible (bien relacionada con las concretas cualidades del candidato propuesto, bien con los cometidos del cargo en el momento concreto en que debía ser proveído, bien con la adecuación de esas cualidades a ese concreto cometido en ese preciso momento), que hipotéticamente pudiera operar en sentido negativo para la aceptación de la propuesta, es tal vez hipótesis no rechazable en un plano teórico; pero el mínimo exigible, para poder dar entrada a la consideración de esa posible razón objetiva, era que se expresase, y más, cuando explícitamente la Ley exige, como se ha dejado sentado antes, la motivación del acto.

Es claro que la carga de la prueba imputable a la recurrente, según la jurisprudencia citada, sólo puede referirse a la existencia del fin desviado, incumbiendo a la Administración demandada la carga de probar, si es que existe, el fin lícito que presidió su actuación, aunque no lo hubiera expresado antes en el acto.

En la contestación a la demanda, y para negarla, se relaciona la alegación de desviación de poder de contrario con el derecho del artículo 23.2 CE, que, ciertamente, es marco de obligada referencia en este caso, aludiendo a su condición de derecho de configuración legal. Se alega sobre el particular que "no se lesiona, pues, este derecho si la aplicación de los requisitos establecidos en la ley para el nombramiento de los cargos y funciones públicas se realiza motivadamente, con criterios razonables y en términos de generalidad que excluyan toda idea de discriminación personal o que supongan, por parte de la Administración, restricciones innecesarias para su ejercicio".

Es compatible ese planteamiento teórico, para enjuiciar desde él si el acuerdo impugnado se ajusta al mismo; mas no parece que el puro decisionismo irrazonado, de que se hace gala en aquél, se adecue a dicho planteamiento teórico.

Si falta la motivación, según lo ya razonado antes, si no se expresan "criterios razonables", y si no hay visos de "términos de generalidad", sino tan sólo la decisión concreta, es imposible encuadrar el acuerdo en el marco teórico, y plausible, de referencia que propone el Abogado del Estado. La sola afirmación de la potestad legal para decidir no puede valer para llenar las exigencias del planteamiento teórico que propone.

La sentencia de la que disiento rechaza el planteamiento probatorio de la recurrente, con un criterio, a mi juicio, excesivamente restrictivo, que creo que se aparta de los proclamados por las sentencias, a las que se hizo referencia.

Por otra parte estimo que incurre en error, al decir que "la parte recurrente no absuelve la carga de alegar qué finalidad distinta a la querida por el ordenamiento jurídico ha perseguido la resolución del Gobierno", cuando la parte está indicando como fin el de exclusión personal del señor B.

E insiste para negar que el personalismo de la exclusión pueda considerarse vicioso, en la cualidad de cargo de confianza y de cargo de libre designación, cualificaciones éstas con las que ya he mostrado mi disconformidad con la sentencia en momento anterior.

Finalmente se dice que "los datos que la 'Asociación de Fiscales' menciona (cualidad de único del peticionario, informe favorable del Consejo Fiscal y del Fiscal General del Estado, condiciones personales del afectado) no exigen que el Consejo de Ministros hubiera tenido que designar forzosamente al propuesto, privándole de sus facultades discrecionales al respecto". A ello debo replicar que, si bien la discrecionalidad deja un lógico margen para la denegación del nombramiento, por exigencias de razonabilidad, de veda de la arbitrariedad y de motivación del acto, era ineludible que se expresasen las razones para la no aceptación, y no sólo la cruda decisión de rechazo.

Estimo, en conclusión, que concurre también en este caso el vicio de desviación de poder, que se suma al de falta de motivación como vicio de anulabilidad del acto, según el artículo 63.1 de la Ley 30/1992.

Justificada en los fundamentos precedentes la procedencia de anular la resolución impugnada, resta decidir si, además de tal anulación, procede, como se solicita en la demanda, que se "declare el derecho del señor B. a ser nombrado Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Constitucional, con efectos retroactivos al momento en que se dictó la resolución impugnada".

El éxito de tal pretensión sólo estaría fundado, partiendo de la base de que la propuesta del Excmo. señor Fiscal General del Estado al Gobierno para nombramiento del cargo del Teniente Fiscal del Tribunal Constitucional fuese vinculante, lo que no es el caso, precisamente por el último factor de discrecionalidad, que la propia recurrente admite.

El hecho de que una denegación inmotivada y vicia de desviación de poder sea anulable, no supone la necesidad de que la anulación debe ir seguida del nombramiento rechazado, bastando con la reposición de las actuaciones, para que se dicte la resolución en los términos exigidos por el ordenamiento jurídico; esto es, motivándola, eludiendo cualquier decisión excluyente por la simple desafección personal.

Mas no podemos sustituir al Gobierno en el ejercicio de una potestad que le viene legalmente atribuida, en la que resta un final juicio de carácter discrecional. En éste, sobre bases objetivas, que en todo caso deberán expresarse en la motivación, podrán ponderarse las circunstancias personales del candidato, junto con las necesidades del cargo en el concreto momento en que debe ser provisto, para decidir si debe ser nombrado o existen razonas objetivas que razonablemente obsten a su nombramiento.

Debe, pues, desestimarse esta concreta pretensión.» *(Sentencia de 10 de enero de 1997, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 406.)*

III. CONTRATOS

Convenios urbanísticos. Naturaleza jurídica. Convenio de planeamiento. Objeto y causa lícitos. Acuerdos preparativos de la decisión administrativa.

«La Sala de primera instancia ha acogido las excepciones de los demandados, y, en sus recursos acumulados 178/1989 y 187/1989, declara inadmisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las Entidades ahora apelantes contra los Acuerdos del Pleno de 28 septiembre 1989 y 25 enero 1990, en cuya virtud se aprueba un Convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la Entidad mercantil "El Corte Inglés, SA".

Dicho Convenio tiene por objeto la modificación del planeamiento para construir, en la manzana formada por las calles Aragón, Gilabert de Centellas, Costa y Llobera y Avenida Alejandre Roselló de Palma de Mallorca, un equipamiento comercial de gran superficie del tipo Gran Almacén.

Entiende el Tribunal *a quo* que el Convenio citado constituye una actuación de trámite [art. 82.*c)* en relación con el 37.1 de la Ley jurisdiccional] o una mera declaración de intenciones que se limita a poner en marcha el mecanismo del planeamiento sin efecto alguno para terceros, en cuanto preparatoria de una modificación de futuro del Plan General de Ordenación Urbana de Palma.

Resulta ajeno a esta apelación, ceñida únicamente al convenio que se acaba de expresar, el pronunciamiento de la Sala de Palma de Mallorca, no recurrido, que también declaró inadmisible (por la misma causa de la impugnabilidad de los actos de trámite) el recurso acumulado al que se acaba de decir interpuesto contra el precitado acuerdo del Ayuntamiento de Palma también en el extremo en que acordó someter a información pública los criterios objetivos y soluciones generales de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana, referente al cambio de zonificación en la citada manzana, como consecuencia del proyecto de instalación del Gran Almacén a que se ha hecho referencia.

El recurso de apelación planteado ante esta Sala, debe prosperar en la parte en que impugna la declaración de inadmisibilidad que aprecia la sentencia impugnada.

A diferencia de los Convenios de gestión urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, los Convenios de planeamiento, como el que se enjuicia, constituyen una manifestación de una actuación convencional frecuente en las Administraciones Públicas, que tiene por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor.

Aunque el convenio o acto convencional en cuestión se dirige a preparar y poner en marcha una alteración del planeamiento, constituye una realidad o acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del Plan, que no puede ser considerado como acto de trámite a efectos del artículo 37.1 en relación con el 82.*c)* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La categoría de los actos de trámite debe ser interpretada con un criterio limita-

do y restrictivo, en forma favorable a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la posibilidad de enjuiciamiento de toda cuestión esencial o de fondo que suscite una actuación administrativa (art. 106.1 CE). No existe dicho impedimento procesal cuando el acto en cuestión resulta ajeno a la normativa del procedimiento de modificación del Plan, por no estar contemplada la práctica de la conclusión de convenios urbanísticos como el que se enjuicia en la legislación específica aplicable al caso, y cuando el convenio previo y la modificación posterior del Plan aparecen como realidades autónomas e independientes, con vicios o motivos de impugnación también distintos, por no ser la potestad de planeamiento, de la que es expresión la modificación o revisión del mismo, susceptible de disposición contractual.

Tampoco puede acogerse la objeción de que el convenio en cuestión sea irrelevante para terceros. La distinción doctrinal entre contrato y convención resulta ilustrativa al respecto, participando el convenio urbanístico de la naturaleza de la segunda figura, en cuanto no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura que puede tener relieve para terceros, lo que favorece la tesis de la impugnabilidad del convenio. El Convenio concluido constituye, en fin, el acto de terminación de un procedimiento preparatorio de la modificación del Plan, enjuiciable en este orden contencioso-administrativo (art. 234 de la Ley del Suelo de 1976), sin perjuicio de que en el futuro sea asimismo enjuiciable la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que sea oponible en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior. No existe, por último, obstáculo en admitir que un procedimiento administrativo concluya en una forma distinta a la que representan las figuras tradicionales del acto unilateral, de la norma o del Plan. Sin necesidad de llegar a la construcción del denominado "actoconvención", la posibilidad de terminación de un procedimiento en forma negociada resulta posible en la legislación de expropiación forzosa (art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, aplicable supletoriamente en materia de urbanismo) estando admitida ya expresamente en una Ley posterior a la aplicable en este caso, como resulta del artículo 88.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cuanto al fondo, y siguiendo un orden de exposición lógico de las alegaciones formuladas, se ha aducido que las potestades administrativas no pueden ser objeto de pacto o contrato. El convenio impugnado carecería por ello de objeto idóneo y causa lícita (arts. 1271 y 1275 del Código Civil), ya que enajena el ejercicio de competencias administrativas en beneficio de particulares, refiriéndose a un objeto que está fuera del tráfico jurídico, como es recalificar una manzana o pactar la recuperación de parte de las plusvalías generadas por la revisión del Plan, lo que debe determinar su nulidad.

La objeción no puede prosperar. Se ha adelantado ya que los convenios urbanísticos constituyen una actuación convencional frecuente en la práctica de las Administraciones Públicas. Es indudable que el urbanismo constituye una competencia jurídico-pública, siendo cierto que esta naturaleza reduce y condiciona necesariamente la intervención de los administrados en el mismo, pero sin que ello excluya su participación y colaboración (*ad exemplum*, arts. 4.52 ó 119 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976). Existen aspectos concretos susceptibles de compromiso o acuerdo entre la Administración y los particulares, lo que da lugar a la figura de los convenios urbanísticos, como instrumentos de acción concertada que en la práctica pueden asegurar una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general. Los reparos que oponen los recurrentes pierden relieve a la luz de la doctrina de esta Sala, ya que los convenios urbanísticos son admisibles en la medida en que

no inciden sobre competencias de las que la Administración no puede disponer por vía contractual o de pacto. Se ha venido así precisando, en forma reiterada, que las exigencias del interés público que justifican la potestad de planeamiento urbanístico implican que su ejercicio no pueda encontrar límite en estos convenios que la Administración concierte con los administrados. Las competencias jurídico-públicas son irrenunciables y se ejercen por los órganos que las tienen atribuidas como propias (art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) por lo que no resulta admisible una "disposición" de la potestad de planeamiento por vía contractual. Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento llegue con los administrados la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento (Sentencias de 23 junio 1994 [RJ 1994, 5339], 18 marzo y 13 febrero 1992 [RJ 1992, 3376 y 2828] y 21 septiembre 1991 [RJ 1991, 6818]).

La admisibilidad, en los términos que se acaban de expresar, de convenios urbanísticos preparatorios de una alteración del planeamiento, obliga a rechazar las alegaciones que, con invocación del artículo 57 de la Ley del Suelo, objetan que el convenio impugnado conculca los principios, criterios y normas básicas del Plan General de Palma en vigor, afirman una derogación singular en el mismo o aducen que la reclasificación de la manzana afectada por el convenio y la modificación de los usos en ella previstos, con el fin de permitir la construcción de una gran superficie comercial, determinará una verdadera revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma y no la simple modificación del mismo que se ha previsto, lo que se justifica aduciendo, en síntesis, que el Plan apuesta decididamente por seis ejes cívicos, verdaderos sistemas generales constituidos por calles y plazas, frente a la alternativa de los polígonos monofuncionales y las grandes superficies comerciales.

Como ya se ha dicho, el Convenio impugnado no es un convenio de gestión urbanística, con estipulaciones conformes al planeamiento ya aprobado y dotadas de eficacia jurídica en sí mismas, sino un Convenio de planeamiento cuya finalidad es, precisamente, la de lograr una modificación futura de la ordenación existente. Por ello las alegaciones sobre la contradicción con el Plan General son válidas para mostrar la discrepancia de los recurrentes con la oportunidad de la modificación que se prepara, pero carecen de consistencia en cuanto motivo de impugnación del convenio, al ser indudable la potestad *(potestas variandi)* que tiene el Ayuntamiento de iniciar discrecionalmente la modificación o, en su caso, revisión del planeamiento para adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público siempre y cuando se respete el procedimiento establecido en cada caso (arts. 45 y siguientes de la Ley de Suelo y 154 y siguientes del Reglamento de Planeamiento).

La modificación a que se refiere el convenio aparece justificada ampliamente en los informes que obran en el expediente administrativo, que razonan la dificultad de que una gran superficie comercial aparezca prevista en el Plan General y los efectos indirectos de la revitalización de una zona degradada del centro histórico, la creación de zonas verdes o las compensaciones urbanísticas a obtener por la Administración, lo que permite rechazar las alegaciones que se limitan a aseverar falta de razonabilidad urbanística o incongruencia del convenio impugnado, sin alcanzar a demostrarlas.

Lo anteriormente expuesto sirve para concluir que, aunque la figura que se contempla ostenta naturaleza negocial, su causa reside más en fijar la extensión y régimen de ejecución de una determinación futura del planeamiento, para el caso de que la misma llegue a concretarse por los procedimientos legalmente establecidos, que en el vínculo de contenido patrimonial típico de las figuras contractuales. El Convenio que se examina no es, así, un contrato subsumible en los supuestos que contempla el artículo 112.2.2 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vi-

gentes en materia de Régimen Local ni un convenio de colaboración de los previstos en el artículo 2.7 de la Ley de Contratos del Estado, por lo que la aplicabilidad al caso de los procedimientos de selección del contratista y de publicidad de la licitación previstos en dichos supuestos —invocado como motivo nuevo de impugnación en esta apelación— debe ser rechazada.

Tampoco cabría acoger en el caso la nulidad que se postula por la vía de aplicar los principios generales de la Ley de Contratos para resolver las dudas y lagunas que, a falta de una normativa específica, ofrece la figura en cuestión (art. 2 de la LCE), pues aun siendo obvio que la Administración está obligada a respetar el principio de transparencia y a no incluir en los convenios cláusulas contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico, en el que se incluyen los principios generales del Derecho, y a los principios de buena administración (art. 3 de la LCE), tales determinaciones no pueden comprender en el caso el recurso a una licitación pública para la selección de contratista. La naturaleza de la actuación que se prepara en este convenio es inidónea para una licitación como la que se postula ya que la misma se limita a una Entidad que propone la modificación del Plan y firma el convenio no en cualidad de contratista sino como consecuencia de un *status* de propietaria de todas las fincas que constituyen la manzana en la que se proyecta construir la gran superficie. Estas circunstancias harían aplicable al supuesto en cuestión —en caso de aceptar como hipótesis meramente dialéctica la posibilidad de aplicar por analogía los procedimientos de selección de contratista de la legislación de contratos— la figura de la contratación directa del artículo 117.1 del Reglamento de Contratación del Estado, como ha recordado la representación del Ayuntamiento apelado.» *(Sentencia de 15 de marzo de 1997, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1677.)*

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Autonomía local. Competencia estatal en materia de renovación del Padrón Municipal. Gestión de intereses propios y actividades de carácter supramunicipal.*

«Las cuestiones que debemos examinar a continuación son las siguientes: *a)* si la Administración del Estado ha actuado dentro de sus competencias y con arreglo a Derecho; *b)* si tal actuación supone vulneración de la autonomía municipal garantizada por el artículo 140 de la CE; *c)* si la exclusión del incremento de la cifra poblacional resultante de la práctica revisoria vicia o no de nulidad el Real Decreto impugnado en el contenido del mismo referente al Ayuntamiento recurrente; *d)* si la Administración del Estado debe o no indemnizar por daños y perjuicios a dicho Ayuntamiento.

El Padrón Municipal tiene el carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos. Estos efectos se despliegan no sólo en un ámbito estrictamente municipal. Afectan también a intereses autonómicos y estatales. Por ello, aunque corresponde a los Ayuntamientos su renovación cada cinco años y su rectificación anual, tales operaciones deben ser realizadas "de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado" (art. 17.1 y 2 de la LB de RL). La atribución a la Administración del Estado de la competencia para dictar las instrucciones y directrices de carácter técnico para la formación, mantenimiento y rectificación del Padrón Municipal de Habitantes de todos los Ayuntamientos está reiterada en el artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986. La competencia de la Administración Estadística para la aprobación del Padrón Municipal "al solo efecto de comprobar la observancia de dichas directrices" está reconocida en el artículo 14.3 del mismo Texto Refundido. Estas normas, más las de rango reglamentario que

seguidamente exponemos, son las reglas a que se refiere el artículo 44 de la Ley de la Función Estadística Pública (Ley 12/1989, de 9 mayo, cuando dice que "en lo que concierne a la formación del Padrón Municipal de Habitantes, se estará a lo dispuesto en las reglas especiales que ordenan las relaciones entre el INE y las Corporaciones Locales establecidas en la Legislación de Régimen Local, así como en la normativa autonómica correspondiente". En ejecución de estos preceptos de rango legal, el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales contiene normas que facilitan la respuesta de la cuestión controvertida. Además de reiterar la competencia de la Administración del Estado para dictar las instrucciones y directrices de carácter técnico para la renovación padronal (art. 67.2), en los artículos posteriores se concretan las sucesivas actuaciones a practicar por los Ayuntamientos, los cuales (art. 75) tienen la obligación de remitir al INE, en la forma y plazo que éste determine, el resumen numérico definitivo de la población total del municipio (resumen que comprenderá, además, la cifra de población de derecho y de hecho). Una vez que el INE recibe los resúmenes numéricos procede a comprobar el cumplimiento de las instrucciones y directrices técnicas previstas en el artículo 67.2. A continuación comunica a cada Ayuntamiento su conformidad o reparos pertinentes (art. 76.1), reparos y comprobaciones de los resultados numéricos de la renovación a la que vuelve a referirse el artículo 84 del mismo Reglamento, precepto este último cuyo núm. 2 dice que "una vez subsanados (se entiende que por los correspondientes Ayuntamientos) los reparos formulados por el INE, éste dará su conformidad a las cifras de población de cada municipio". Al poner en conexión este precepto con el artículo 14.3 del Texto Refundido de 1986 ("la aprobación del Padrón Municipal al solo efecto de comprobar la observancia de dichas directrices corresponderá al órgano de la Administración del Estado competente en materia de estadística") se desprende con evidencia lógica que es al INE a quien nuestro ordenamiento jurídico atribuye la competencia para —antes de formular la propuesta de aprobación definitiva— conformar o no las cifras de población de cada Ayuntamiento. Que tal forma de proceder no vulnera la autonomía municipal será algo de lo que nos ocuparemos después. Ahora todavía resulta preciso invocar, en apoyo de esta interpretación, el artículo 55 de la Ley 7/1985, cuyo apartado *a)* establece: "para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias". En definitiva, las actuaciones administrativas llevadas a cabo por la Administración del Estado competente en materia estadística —más concretamente el INE, organismo autónomo de carácter administrativo al que corresponde la formación de los censos generales, como dicen los artículos 25.1 y 26.*j)* de la Ley 12/1989— que precedieron a la aprobación definitiva del censo impugnado estuvieron ajustadas a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico tanto al determinar, en relación con el Ayuntamiento recurrente, la cifra poblacional que el Real Decreto aprobó definitivamente, como al no aceptar la cifra superior resultante de la tan citada práctica revisoria. Este Ayuntamiento —como ordena el art. 55 de la Ley 7/1985— debe respetar las consecuencias que para sus propias competencias se derivan del ejercicio legítimo que de las suyas ha realizado la Administración del Estado.

Es indudable que la cifra oficial de población de los municipios tiene gran trascendencia en las relaciones entre las Administraciones Central y Local. Las cifras del Padrón Municipal constituyen uno de los parámetros que se tienen en cuenta para determinar las transferencias que los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas, para su parcial financiación, perciben del Estado, así como —dentro de la organización de la Administración Local— para fijar las categorías de Ayuntamientos, lo que a su vez incide, entre otras cosas, en la fijación de la retribución de los funcionarios. Las cifras del Padrón Municipal afectan, pues, a competencias estatales autonómicas y locales. Los artículos 137 y 140 de la CE garantizan a los munici-

pios su autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. El artículo 1 de la Ley 7/1985 establece que los municipios gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades, y para la efectividad de esta autonomía garantizada constitucionalmente, la legislación del Estado —y la de las Comunidades Autónomas— deberán asegurar a los municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate. La jurisprudencia constitucional recaída sobre el alcance de la garantía constitucional de la autonomía municipal contiene, entre otros, los siguientes criterios interpretativos, vinculantes para Jueces y Tribunales (art. 5.1 de la LOPJ): la autonomía hace siempre referencia a un poder limitado; la autonomía que garantiza la Constitución lo es sólo en función de su respectivo interés; la autonomía no se garantiza para incidir de forma negativa sobre otros intereses generales distintos de los propios de la entidad; la garantía institucional de la autonomía municipal supone el derecho de la comunidad local a participar a través de los órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, la intensidad de esa participación está en función de la relación existente entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. A la luz de estos criterios jurisprudenciales (recogidos, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 febrero 1981 [RTC 1981, 4] y 170/1989 [RTC 1989, 170]), podemos ya concluir —desde una perspectiva general— que las atribuciones reconocidas a los órganos de la Administración del Estado en relación con la renovación del Padrón Municipal de Habitantes de los Ayuntamientos no vulneran la autonomía municipal porque aseguran y dejan a salvo a estos entes locales todas las competencias necesarias para la gestión de sus intereses propios, estando justificadas aquellas atribuciones de los órganos de la Administración del Estado competentes en materia de estadística por el carácter supramunicipal, más exactamente de alcance estatal de los datos poblacionales que recoge el referido Padrón Municipal, atribuciones que en ningún caso vacían de contenido las competencias municipales, pues las que ostentan son suficientes en relación con los intereses puramente locales. El Tribunal Supremo (Sentencia de 20 mayo 1988, de la Sala Tercera [RJ 1988, 3901]) en un supuesto que guardaba con el ahora enjuiciado una cierta analogía dijo que: "dado que el Padrón Municipal de Habitantes es un documento cuya utilidad excede del ámbito estrictamente municipal para incidir en una esfera más amplia de intereses públicos que afectan a entes distintos del municipio, la competencia que la Ley de Régimen Local atribuye a la Administración del Estado no puede considerarse atentatoria a la autonomía municipal". Al amparo de cuanto hasta aquí se ha expuesto, cabe concluir afirmando que el Real Decreto impugnado, en su referencia específica a los datos poblacionales del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana —ámbito exclusivo de este recurso— no ha vulnerado la autonomía municipal.» *(Sentencia de 16 de diciembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 3.ª. Ar. 9742.)*

B) *RD Legislativo 781/1986. Inadmisibilidad parcial del recurso por falta de objeto. Derogación de preceptos posterior al entrar en rigor la Ley 39/1988.*

«Comencemos por el recurso interpuesto por la representación procesal de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales.

1.º) En relación con la Contribución Territorial Urbana se impugna: *a)* el artículo 271.1 y 2, que determina el período impositivo, haciéndolo coincidir con el año natural, y señala que el devengo se produce el primer día de aquel período; y

b) el artículo 272.1, que deja a los Ayuntamientos la libre fijación del tipo de gravamen a aplicar sobre la base liquidable.

2.º) Por lo que se refiere al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos se limita a impugnar el artículo 355.5, que hace depender de una decisión futura del Gobierno la aplicación de correcciones monetarias en la determinación del valor inicial del período de imposición y, en su caso, el de las contribuciones especiales y mejoras permanentes.

3.º) Respecto al Impuesto de Solares, impugna el artículo 343.1, al que atribuye carácter confiscatorio, cuando en su modalidad *a)* le da naturaleza progresiva, en función del tiempo que el solar permanezca sin edificar o con una edificación insuficiente.

4.º) En relación con las tasas, recurre las cláusulas generales contenidas en los artículos 208.19 y 212.28 que permiten incluir, respectivamente, en el tributo "cualesquiera otros aprovechamientos especiales o utilizaciones privativas, siempre que se den las circunstancias previstas en el artículo 200.1 de esta Ley", y "cualesquiera otros servicios o actividades siempre que se den las circunstancias previstas en el artículo 199.*b)*".

5.º) En el Impuesto de Radicación, denuncia la ilegalidad que a su entender comete el artículo 323.2, al fijar el volumen de la base imponible en 80 ptas. para las calles de inferior categoría y un incremento del 50 por 100 para las de categoría inmediata superior.

6.º) En el Impuesto sobre Gastos Suntuarios, impugna el artículo 372.*c)*, en cuanto incluye dentro de su ámbito el disfrute de toda clase de viviendas, cuyo valor catastral exceda de 10 millones de pesetas.

7.º) Por último, impugna el artículo 190.4, en cuanto suprime la reclamación económico-administrativa como medio de control de los actos de las entidades locales en materia de imposición de tributos o aprobación y modificación de ordenanzas fiscales.

Es importante señalar que todos estos artículos se encuentran incluidos dentro del Título VIII del Real Decreto Legislativo objeto de impugnación, cuya derogación quedó consumada el 1 de enero de 1992, en virtud del juego de las Disposiciones Transitorias Primera a Sexta, Octava y Novena de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Tratándose el presente, de un recurso directo contra aquel Real Decreto Legislativo, y no contra actos de aplicación singular del mismo, y pretendiéndose la expulsión del ordenamiento jurídico de normas, que a juicio del recurrente son ilegales, la derogación sobrevenida priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real al haber desaparecido su objeto; debiendo traerse a colación, a este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con los recursos de inconstitucionalidad, pero que es perfectamente aplicable a los recursos directos contra reglamentos, como es el del caso presente, según la cual —Sentencias 111/1983 (RTC 1983, 111), 199/1987 (RTC 1987, 199) y 385/1993 (RTC 1993, 385) (esta última referida precisamente al Real Decreto Legislativo que se recurre en el proceso)— "cuando a lo largo de la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad —recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento— pierda su vigencia el precepto legal controvertido, tal circunstancia sobrevenida habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley", y añade, "si así fuera no habrá sino reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional".

En aplicación de esta doctrina, hay que desestimar el recurso por falta de objeto.» *(Sentencia de 3 de febrero de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 1552.)*

C) *Colaboración. Se impone a un ente local el deber de facilitar los datos estadísticos del padrón municipal a la Jefatura Provincial de Tráfico. Inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad personal.*

«La temática decisoria que suscita la apelación actual, se condensa, pues, en la determinación concreta de si el Ayuntamiento de Madrid se encuentra legalmente obligado, cual sostiene la parte apelante, a suministrar a la Jefatura Provincial de Tráfico de Valladolid la información que le había solicitado relativa al domicilio, que consta en el padrón municipal de habitantes, de un infractor de las normas de circulación, o por el contrario y como entiende la Sala de primera instancia, resulta conforme a derecho la denegación recurrida, en razón de que los datos obrantes en el padrón de habitantes están protegidos por el secreto estadístico y porque aquélla se manifiesta ajustada a las disposiciones que incorpora la tan repetida Ley de la Función Estadística Pública, máxime cuando a su tenor (art. 44), las "relaciones de cooperación en materia estadística entre el Estado y las corporaciones locales, ante todo han de ajustarse a los principios de esta ley".

El hecho cierto de que los datos personales, recogidos con fines estadísticos, son objeto de especial protección y quedan amparados por el secreto, que obliga a los Servicios de estadística a no difundirlos en ningún caso y podrán oponerse frente a todas las Administraciones y Organismos Públicos (arts. 4.13 y 14 de la Ley 12/1989, de 9 mayo), así como que en el artículo 18.1 de la Constitución se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no resulta desde luego suficiente para alcanzar una solución definitiva de la cuestión propuesta, cuyo discernimiento demanda una mayor profundización en el análisis de la distinta normativa que ha de ser contemplada, al margen del Texto Legal que hemos invocado e incluso entrecomillado en el fundamento anterior, *in fine*, regulador, como decíamos, de la función estadística pública, al objeto de conseguir una armónica interpretación del total ordenamiento jurídico en la materia y con tal perspectiva hemos de señalar ante todo que el Padrón Municipal, relación circunstanciada de los residentes y transeúntes en el término municipal, como expresa el artículo 17 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 abril 1985, tiene el carácter de "documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos", siquiera en todo caso se garantiza al propio tiempo el "respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución", sin que se establezca su carácter secreto, y si a ello añadimos, al margen de esa proclamada sin reserva alguna eficacia administrativa, que el artículo 10 de la misma Ley determina que la Administración Local y las demás Administraciones públicas han de ajustar sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración y coordinación, en tanto que el 55, al normar sobre las relaciones interadministrativas, preceptúa que para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativa, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas "facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos", parece obvio concluir que el Ayuntamiento de Madrid se encuentra ya en principio, esto es en contemplación exclusiva de las citadas normas de régimen local, obligado a facilitar el domicilio de un vecino, solicitado por órgano de la Administración del Estado para el desarrollo de las competencias administrativas que le son propias.

La invocada con reiteración en la sentencia apelada Ley 12/1989, no puede en modo alguno servir par fundamentar conclusión distinta o contraria a la que hemos obtenido en la motivación precedente por cuanto, en primer lugar, tal Disposición contempla y disciplina la "función estadística para fines estatales", desarrollando el artículo 149.1.31 de la Constitución (art. 1), no debiendo por ende entenderse aplicable, de modo directo y sin perjuicio de su posterior utilización para el Censo, al

Padrón Municipal, aunque sea de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, pero nótese, en relación a las estadísticas para fines estatales (art. 3). La ley, pues, regula la planificación y elaboración estadística, la recogida de datos con fines estadísticos, sujetándolos a los principios de secreto, transparencia, especialidad y proporcionalidad (arts. 2 y 4), insistiendo a su vez el artículo 13 en que serán objeto de protección y quedarán amparados por el secreto estadístico los datos personales, cuyo secreto, según el artículo 14, será aplicado frente a todas las Administraciones y Organismos públicos a la función estadística a que específicamente hemos hecho referencia y la mejor prueba de cuanto afirmamos es que en el apartado 2) del siguiente artículo 15 se advierte expresamente que "la comunicación a efectos no estadísticos entre las Administraciones y organismos públicos de la información que obra en los registros públicos, no estará sujeta al secreto estadístico, sino a la legislación específica que en cada caso sea de aplicación", lo cual ratifica nuestro criterio de que el secreto establecido en la Ley 12/1989, exclusivamente está referido a la función estadística en ella disciplinada, quedando, por ende, al margen el Padrón Municipal, regido por la legislación de régimen local sin que constituya obstáculo a lo afirmado el artículo 44, transcrito con anterioridad, de aquel Texto Legal tantas veces citado, habida cuenta que cuando establece la sujeción a los principios de esta Ley está contemplado específicamente las relaciones de cooperación entre el Estado y las Corporaciones Locales, *en el concreto marco de la materia estadística* para después expresar que habrán de ajustarse a los principios de esta Ley, pero añade "a lo establecido en los artículos 55 y siguientes de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 abril 1985 y las normas que la han desarrollado", advirtiendo además que aquel precepto —art. 55— según exponíamos con anterioridad, incluido dentro del capítulo de las relaciones interadministrativas, determina que las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales, de otro, deberán en sus relaciones recíprocas "facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos", cuyo supuesto es cabalmente el que late en el fondo del asunto planteado y obsérvese, en fin, que el apartado 2) del artículo 44 citado y "en lo que concierne a la formación del padrón municipal de habitantes", determina que "se estará a lo dispuesto en las reglas especiales que ordenan la relación entre el Instituto Nacional de Estadística y las Corporaciones Locales establecidas en la legislación de régimen local, así como en la normativa autonómica correspondiente", lo cual nos revela cómo incluso en la elaboración del padrón, habrá de estarse a lo dispuesto en la normativa de régimen local, sin perjuicio de "las instrucciones y directrices de carácter técnico para la renovación, custodia y conservación que dictarán, conjuntamente, el Instituto Nacional de Estadística y la Dirección General de Administración Local" (art. 67.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Corporaciones Locales de 11 de julio de 1986).

En recapitulación de cuanto dejamos expuesto, podemos ya establecer que no existe la afirmada incomunicabilidad de los datos estadísticos a servicios que no cumplan una función estadística o que no sean reclamados para finalidades de la misma naturaleza, pues el Padrón Municipal tiene en sí mismo sus características propias y no se encuentra incluido en el contenido de la Ley 12/1989, sin perjuicio de las constantes y permanentes relaciones que en todo caso ha de mantener con el Instituto Nacional de Estadística, y como, de otra parte, existe norma legal específica, según hemos comentado, que ampara las relaciones interadministrativas y el deber de las Administraciones Públicas de facilitarse recíprocamente información y no puede entenderse tampoco conculcado el derecho al honor y a la intimidad personal garantizado por el artículo 18 de la Constitución, pues, sobre no ser aquel derecho de carácter ilimitado, está ciertamente justificada la entrega del dato solicitado al objeto de surtir efecto en una actividad administrativa lícita dentro del ámbito de la seguridad vial y servir, pues, para proteger derechos y bienes también constitucionalmente protegidos, sin que se produzca consecuentemente una intromisión ilegítima e ilegal en la intimidad personal, máxime cuando la información sólo será utili-

zada para el concreto fin solicitado y quedará incluso asegurado, en último término, el secreto del dato, es por todo ello, por lo que deviene obligada la estimación de la apelación que decidimos, la revocación de la sentencia impugnada y la estimación del recurso contencioso-administrativo en su día promovido, aunque no son de apreciar los factores determinantes de una especial imposición de costas.» *(Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 7942.)*

D) *Referéndum municipal en relación a la agregación de un municipio a otra Comunidad Autónoma. Procedimiento y autorización.*

«El Ayuntamiento de Villaverde de Trucios impugna en el presente recurso contencioso-administrativo los Acuerdos del Consejo de Ministros de 29 abril 1988, que decidió no tomar en consideración la solicitud deducida por dicho Ayuntamiento de autorización para someter a referéndum la incorporación del Municipio a la Comunidad Autónoma del País Vasco, al entender que no se habían cumplido los requisitos necesarios para su segregación de la Comunidad Autónoma de Cantabria; y de 29 de julio del mismo año, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el anterior.

Aunque el expediente administrativo remitido a este Tribunal no es propiamente el que se corresponde con los actos impugnados en este proceso, sino el formado para decidir sobre una petición de la Diputación Foral de Vizcaya en apoyo o coincidente con la deducida por el Ayuntamiento de Villaverde de Trucios, procede no dilatar más la decisión de este recurso, pues obran en él los elementos de juicio necesarios para ello, y la propia parte recurrente, que expresamente advierte en su escrito de demanda sobre aquella falta, afirma que ésta no le ha producido el efecto de menoscabar su derecho de defensa.

A fin de delimitar con precisión la cuestión objeto del proceso, conviene ante todo transcribir los términos del Acuerdo adoptado por aquel Ayuntamiento en sesión plenaria de fecha 26 septiembre 1986, en el que se decidió solicitar la autorización antes dicha. De sus seis apartados, de cuyo contenido se da literal cuenta en el escrito de demanda, son de interés los cuatro primeros, del siguiente tenor:

*"Primero.—Solicitar la incorporación de este Municipio de Villaverde de Trucios a la Comunidad Autónoma del País Vasco, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º.*a) *de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 diciembre.*

*Segundo.—Dar traslado a la Comunidad Autónoma de Cantabria al objeto de que proceda a evacuar el trámite de audiencia por un plazo de quince días hábiles, al amparo de lo preceptuado en el artículo 8.º.*a) *de la citada Ley Orgánica 3/1979, de 18 diciembre.*

*Tercero.—Recabar del Gobierno de la Nación autorización al objeto de someter a referéndum de los habitantes de este Municipio de Villaverde de Trucios, su incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco, en virtud del artículo 8.º.*b) *de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 diciembre.*

Cuarto.—Que, una vez celebrado el referéndum y si resultase aprobada la agregación por mayoría de los votos válidos emitidos, se someta a la aprobación del Parlamento del País Vasco y a la posterior de las Cortes Generales del Estado, mediante Ley Orgánica".

La solicitud de autorización para la celebración del referéndum se integra así, en ese acuerdo plenario, en el *iter* procedimental previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/1979, reguladora del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, a cuyo tenor:

"Podrán agregarse a la Comunidad Autónoma del País Vasco otros territorios o municipios que estuvieran enclavados en su totalidad dentro del territorio de la misma, mediante el cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) *Que soliciten la incorporación el Ayuntamiento o la mayoría de los Ayuntamientos interesados, y que se oiga a la Comunidad o provincia a la que pertenezcan los territorios o Municipios a agregar.*

b) *Que lo acuerden los habitantes de dicho Municipio o Territorio mediante referéndum expresamente convocado, previa la autorización competente al efecto y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos.*

c) *Que lo aprueben el Parlamento del País Vasco y, posteriormente, las Cortes Generales del Estado, mediante Ley Orgánica".*

Los acuerdos impugnados del Consejo de Ministros dan cuenta de que el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, institución en que se organiza políticamente el autogobierno de Cantabria (art. 2.1 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 8/1981, de 30 diciembre), acordó con fecha 5 de febrero de 1988 manifestar su oposición a la celebración del referéndum. Y toman como fundamento de su decisión, aquéllos, la interpretación que alcanzan sobre el contenido y significado de la sentencia del Tribunal Constitucional número 99/1986, de 11 julio (RTC 1986, 99), entendiendo, en esencia y en definitiva, que: *a)* la segregación pretendida conllevaría una revisión formal del Estatuto de Autonomía para Cantabria, porque desde ese momento el territorio de esta Comunidad Autónoma no sería el que definía dicho Estatuto en el momento de su aprobación, constituido, según su artículo 2.2, por "el de los municipios comprendidos dentro de los límites administrativos de la actualmente denominada provincia de Santander"; *b)* el artículo 8 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco regula un procedimiento para la integración en su territorio de otros, pero no regula, ni puede regular, el procedimiento de segregación de la Provincia o Comunidad Autónoma de procedencia de aquellos territorios que pretenden integrarse en la Comunidad Vasca; *c)* este procedimiento de segregación es previo al de integración, y en consecuencia, no puede aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 8 del Estatuto Vasco sin que previamente se produzca la segregación del municipio de Villaverde de Trucios de la Comunidad Autónoma de Cantabria; y *d)* no cabe pues tomar en consideración la petición de referéndum hasta tanto no se plantee en el momento procedimental oportuno.

Con la perspectiva única con que este Tribunal debe abordar la cuestión objeto del litigio, la jurídica, cabe entrar ya en el examen del debate suscitado en el proceso, que el escrito de demanda plantea a través de dos líneas argumentales. Una de carácter principal, al entender que es en ese ámbito donde debieron situarse las resoluciones administrativas impugnadas; según ella, estas resoluciones incurren en vicios de incompetencia manifiesta, desviación de poder, y vulneración de la autonomía municipal, pues han dejado de abordar aquello que propiamente les correspondía, cual era verificar la legalidad del procedimiento seguido para solicitar la celebración del referéndum, y si la materia sobre la que versa éste afecta a los intereses municipales, para examinar, con criterios de oportunidad política, no admisibles en el control por la Administración del Estado de las decisiones de la Administración Municipal, y ejerciendo su potestad para un fin distinto del fijado por el Ordenamiento, otra cuestión distinta, la de la segregación/agregación, cuya decisión es de la competencia del Parlamento Vasco y de las Cortes Generales. Y una segunda, que sostiene que a diferencia del supuesto que abordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional número 99/1986, referida al enclave del Condado de Treviño, en el de Villaverde de Trucios no es necesario ensamblar dos mecanismos distintos, de segregación y agregación, bastando seguir el procedimiento de agregación regulado en el artículo 8 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, pues el Estatuto de Cantabria, a diferencia del de Castilla y León, no determina procedimiento

de segregación alguno; añadiéndose en esta segunda línea argumental que la audiencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, preceptiva en el *iter* procedimental del citado artículo 8, no tiene carácter vinculante, por lo que el informe en que se traduzca, aunque sea desfavorable, o aunque no se produzca en el plazo máximo de seis meses previsto en el artículo 61.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no cierra el paso al procedimiento de segregación.

El estudio de los acuerdos administrativos impugnados desautoriza la primera de las líneas argumentales expuestas. Dichos acuerdos no deciden sobre la procedencia o improcedencia de la segregación/agregación, ni controlan con criterios de oportunidad la decisión municipal de solicitud de autorización para la celebración del referéndum. Enmarcan esta solicitud en un concreto *iter* procedimental explícitamente invocado en esa decisión, cual es el regulado en el artículo 8 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, y la deniegan al entender, interpretando el significado y alcance jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 99/1986, que la solicitud no se ha planteado en el momento procedimental adecuado.

La cita que en esa primera línea argumental se hace del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, poniendo de relieve que tal precepto ni tan siquiera es mencionado en aquellos acuerdos, siendo así que éstos, para no caer en los vicios que les son imputados, hubieran debido limitarse a examinar, de un lado, la legalidad del procedimiento administrativo seguido para la adopción, estrictamente considerada, de la decisión de solicitud de autorización del *referéndum*, y de otro, si éste versaba sobre un cuestión afectante a los intereses municipales, es interesada, olvida el contenido de la decisión municipal, y no resulta oportuna, pues como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 22 enero 1993 (RJ 1993, 457), dictada en un recurso en el que a instancia de la Diputación Foral de Vizcaya se enjuiciaba la conformidad a derecho, también, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 abril 1988, "no se está en el presente caso ante una de las consultas populares previstas en el artículo 71 de la Ley Básica de Régimen Local, por no tratarse estrictamente de un tema de competencia municipal y de carácter local. Por el contrario, el referéndum de que se trata forma parte del procedimiento previsto en el artículo 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, relativo a la agregación a la Comunidad Autónoma de municipios pertenecientes a otras, si bien es indudable que el tema afecta asimismo a la Comunidad Autónoma de Cantabria a la que pertenece actualmente el municipio en cuestión".

Tampoco resulta acogible la segunda línea argumental. En ésta se identifican argumentos esencialmente coincidentes con los que fueron trasladados en el recurso resuelto por la sentencia de esta Sala que acaba de ser citada, por lo que cabe ahora repetir lo entonces razonado. Se dijo allí:

"... los recurrentes parten de una interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1986, de 11 julio, según la cual debe distinguirse entre los Estatutos de Autonomía que contienen una garantía institucional del territorio, por lo que la modificación de éste supone modificar la normatividad misma del Estatuto, y Estatutos que no contienen esta garantía, en los cuales el territorio opera como simple delimitación espacial y su modificación no implica modificación de la normatividad. Se razona que, siendo así que a diferencia de otros Estatutos de Autonomía como el del País Vasco, el de Cantabria no contiene garantía institucional del territorio, debe deducirse de ello que para la segregación del municipio en cuestión de Cantabria y su agregación al País Vasco, no es necesario un doble procedimiento o un procedimiento con dos fases de segregación de la Comunidad actual y agregación a la nueva, sino que basta la aplicación del artículo 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco cuyas previsiones concluyen con la solución del tema mediante una Ley Orgánica, que es inequívocamente la de alteración provincial prevista a su vez en el artículo 141 de la Constitución.

Esta argumentación no puede aceptarse por la Sala por distintos motivos. En primer lugar, porque por mucha brillantez e ingenio que se derroche utilizando la teoría

de la garantía institucional del territorio, sin duda útil a otros efectos, es indudable que las Comunidades Autónomas (todas ellas y no sólo las que tienen esa garantía en su Estatuto) son entes territoriales. En ellas el territorio es un elemento esencial y su modificación incide en la conexión entre la realidad ordinamental y la fáctica. Ello lleva a concluir que no puede alterarse el territorio sin modificación del ordenamiento estatutario específico, y menos aún contra la voluntad o sin la voluntad de un ente como la Comunidad Autónoma afectada, dotada de autonomía política.

En segundo lugar ha de tenerse en cuenta, como recuerda acertadamente el representante procesal de la Administración, que la propia sentencia del Tribunal Constitucional citada afirma que indirectamente, mediante referencia a sus límites actuales, los Estatutos de las Comunidades Autónomas fijan su territorio, lo que a falta de previsión expresa comporta en caso de modificación de ese territorio una revisión formal del Estatuto.

Ha de concluirse por tanto que la fundamentación en Derecho del acuerdo del Gobierno era correcta, debiendo distinguirse dos procedimientos o fases del procedimiento de segregación del municipio de una Comunidad Autónoma y agregación a otra, por lo que el momento en que se solicitó el referéndum no era el momento procedimental adecuado.

Ello no significa que el artículo 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco no sea aplicable. Por el contrario, debe entenderse que es plenamente aplicable como parte del ordenamiento jurídico, pero ello es cuestión distinta de que sea el único precepto aplicable. Dicho Estatuto forma parte del ordenamiento jurídico del Estado español a tenor del artículo 147 de la Constitución, pero simultáneamente forman parte de este ordenamiento otros Estatutos, debiendo mantenerse por el Gobierno y los demás altos órganos constitucionales la correspondiente coordinación política y jurídica entre las Comunidades Autónomas".» *(Sentencia de 24 de febrero de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 1519.)*

V. Colegios Profesionales

Competencia para la regulación del turno de oficio.

«Son hechos relevantes para el enjuiciamiento del recurso de apelación interpuesto los siguientes:

1) Un abogado ejerciente con despacho abierto y residencia en el Colegio de Abogados de Granada, localidad en la que prestaba tanto el turno de oficio como la asistencia al detenido o preso, solicitó su inscripción en el turno de oficio del Colegio de Abogados de Jaén, en el que también era colegiado ejerciente, aunque no tenía residencia en esta ciudad ni en el ámbito del colegio.

2) La inscripción fue denegada por el Colegio de Abogados de Jaén y, en súplica, por el Consejo General de la Abogacía Española, argumentando que según las normas aprobadas por el Colegio éste podrá prescindir en todo o en parte de las preferencias manifestadas por los letrados solicitantes de la inscripción para atender al superior interés general de la más eficaz asistencia a los beneficiarios del turno; que la Junta ha venido interpretando en todos los casos que el turno exigía la residencia y que este criterio es mantenido por la mayoría de los colegios y en particular por el de Granada, que es el de residencia del recurrente, y que se aplicaba un criterio de reciprocidad.

3) La sentencia impugnada anula estos acuerdos y declara el derecho del recurrente a ser incluido en las correspondientes listas del turno de oficio conforme al reglamento aprobado por la Junta de Gobierno del Colegio.

Alega en primer lugar la representación del Consejo General de la Abogacía Española que el reglamento del turno de oficio del Colegio de Abogados de Jaén —dictado en uso de la potestad que confiere el artículo 60 del Estatuto general de la abogacía— contempla la residencia como un hecho que debe ser tenido en cuenta para el acceso al turno y que el reglamento reserva facultades discrecionales a la junta en aras de una mejor atención al interés general. El Colegio, en la tesis de la parte recurrente, ha hecho uso de estas facultades de acuerdo con la finalidad asignada al turno de oficio y aplicando justificadamente un criterio establecido con carácter general por muchos colegios.

Estas alegaciones no son relevantes para desvirtuar los razonamientos de la sentencia impugnada.

La regulación del reparto entre los colegiados del turno de oficio, en el momento en que se producen los hechos que dan lugar a este proceso, corresponde, con sujeción a la ley y a las disposiciones generales de rango superior, a las juntas de gobierno de los colegios, pues así lo dispone el artículo 60 del Estatuto general de la abogacía. Las reglas dictadas por las juntas de gobierno tienen la consideración de reglamentos corporativos con eficacia imperativa general en el ámbito del Colegio.

La regulación dictada por cada Colegio tiene como fin la adecuada organización de la actividad teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ámbito colegial, la equitativa distribución de los asuntos y la principal finalidad de atender a la necesidad de prestar defensa jurídica a quienes carecen de recursos para litigar (art. 119 de la Constitución), como medio para que puedan hacer uso de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos —art. 24 de la Constitución y art. 6.3.*c)* del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 noviembre 1983, asunto Van Der Mussele, párrafo 39—.

Esta regulación tiene eficacia vinculante no sólo para los colegiados, integrados en el subsistema normativo del Colegio, sino para el propio Colegio que la dicta, que no puede mediante actos singulares introducir excepciones o dejar de aplicar alguno de sus preceptos, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, recordado por la parte recurrente en su escrito de alegaciones, al que responde la máxima histórica *tu patere legem quem fecisti*.

Estos principios responden sustancialmente a la exposición que hace la parte recurrente. No obstante, la Sala no puede aceptar: *a)* que el reglamento del Colegio de Jaén contemple la residencia como requisito necesario para el ejercicio del turno de oficio, ni *b)* que atribuya al Colegio facultades discrecionales para aplicarlo.

En cuanto al punto *a)* anterior, el reglamento del Colegio de Abogados de Jaén vigente a la sazón sobre el turno de oficio, establece en su artículo 4 que —si la Junta de Gobierno acuerda, como puede hacerlo, con carácter obligatorio la inclusión de todos los letrados en el turno de oficio— tiene la facultad de excluir a aquellos letrados que por escrito expongan razones que a juicio de aquélla justifiquen su petición. Entre las causas de exclusión "podrán ser consideradas a título enunciativo", entre otras, "la residencia habitual fuera del ámbito territorial del Colegio".

El precepto parcialmente transcrito no conlleva, como supone la representación del consejo apelante, que la residencia se tome en consideración como requisito para realizar o atender al turno de oficio. El precepto comporta, por el contrario, la consecuencia —para el caso de acordarse el turno con carácter obligatorio— de que la residencia habitual fuera del ámbito del Colegio no impide en principio el atender al turno, al menos en lo que del Colegio depende. Sólo si el letrado obligado la alega podrá producir el efecto de exclusión. Y, en este último caso, "podrá ser considerada" por la Junta del Colegio, es decir, ésta podrá tomarla en consideración o no.

La conclusión a que debe llegarse es la de que la residencia en el ámbito del Colegio no es un requisito para el ejercicio del turno de oficio, sino una circunstancia cuya ausencia no lo impide con carácter general, aunque puede ser invocada como excusa para ser eximido de su prestación obligatoria, y aquélla sólo será atendida si

a juicio de la Junta justifica suficientemente la exclusión en función de las circunstancias concurrentes.

En cuanto al punto *b)* anterior, tampoco puede aceptarse que la Junta disponga de facultades discrecionales para excluir a los no residentes del turno de oficio.

La parte recurrente apoya esta afirmación en el artículo 6 del Reglamento del turno de oficio del Colegio de Jaén que estamos considerando. Este precepto atribuye facultades a la Junta, en función de la finalidad de procurar la eficaz prestación del servicio, para prescindir en todo o en parte de las "preferencias manifestadas por los letrados al confeccionar las listas". Las preferencias a que el precepto citado se refiere, y a las que se constriñe la facultad del Colegio, están circunscritas al ámbito que refleja el apartado primero del mismo artículo: se contraen exclusivamente a "la lista o listas en que desea inscribirse el solicitante", que son aquellas que se establecen en el artículo 5 del Reglamento en función de una división por materias.

La conclusión a que debe llegarse es, pues, la de que el artículo 6 del Reglamento del Colegio no autoriza a la Junta más que a prescindir de las preferencias de los solicitantes para ser incluidos en una u otra lista, dentro del turno de oficio; no a prescindir de la petición de uno o varios colegiados de ser incluidos en el turno.

Alega finalmente la parte recurrente que, en el caso de designación voluntaria del abogado por el cliente, la apreciación de si la no residencia puede dificultar o no la atención al asunto depende del abogado y de su cliente, mientras que, en relación con el turno de oficio, tal apreciación debe hacerse en función del deber de la abogacía de posibilitar el acceso a la justicia gratuita.

Esta argumentación, mediante la que pretende demostrarse que no existe una situación de igualdad a efectos del requisito de la residencia entre el abogado designado libremente y el que presta su actividad en el turno de oficio es sustancialmente aceptable, y por ello debemos rectificar en este punto la fundamentación de la sentencia recurrida.

Los Colegios de Abogados pueden, en efecto, exigir para la inscripción en las listas del turno de oficio aquellos requisitos que se infieren explícita o implícitamente de la ley, en función de la naturaleza del servicio, así como aquellos que, en virtud de la potestad organizativa del servicio que tienen reconocida, introduzcan, aunque no sean exigibles ni necesarios para la actuación del abogado libremente designado.

Los primeros han de constituir circunstancias expresamente exigidas en la ley o implícitamente necesarias de modo ineludible para que el turno de oficio pueda prestarse y pueda serlo en condiciones adecuadas.

Los segundos han de responder no sólo a la eficaz prestación del servicio (garantizando su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y eficiencia, como dice hoy el artículo 22 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que habilita para esta regulación al Consejo General de la Abogacía), sino a la distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios en la designación de los profesionales de oficio (estableciendo sistemas que la nueva Ley continúa asignando a los Colegios: art. 24).

Tanto desde la perspectiva de la eficacia del servicio como desde la de la observancia de la equidad en la distribución de los turnos la residencia del colegiado en el ámbito del Colegio o en lugares con una determinada proximidad al lugar de la prestación del servicio parece un requisito razonable, que puede ser introducido por la regulación correspondiente.

La residencia en el ámbito territorial de un Colegio no es, sin embargo, un requisito siempre y absolutamente necesario para el turno de oficio —a diferencia, como reconocen las partes, de lo que puede ocurrir con la asistencia letrada al detenido, dado su mayor grado de inmediación temporal al momento en que se plantea su necesidad— y no puede considerarse exigible por mandato explícito o implícito de la ley o de normas de rango reglamentario superior a las emanadas del Colegio. Por ello éste no puede exigirla si no viene recogido en el reglamento correspondiente de organización del turno, y ya hemos visto cómo en el del Colegio de Abogados de

Jaén no podía entenderse comprendido.» *(Sentencia de 22 de noviembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8068.)*

VI. DOMINIO PÚBLICO

Costas. Disposición transitoria 14.6 de la Ley 22/1988 y acceso a las Islas. La imposición de facilitar el acceso a una playa no supone una actuación de naturaleza expropiatoria.

«De la exposición de motivos pasemos a las normas de la LC a través de las cuales se alcanzan estos objetivos. En las islas o islotes de propiedad particular a los que se refiere la disposición transitoria 14.6 del RGC también existen playas y zonas marítimo-terrestres, partes ambas del dominio público marítimo-terrestre sujetas al régimen jurídico que, con carácter innovador (exposición de motivos de la Ley de Costas, apartado II, párrafo VII) introduce la Ley de Costas y su Reglamento General. Así lo establece el artículo 5 de la LC y su disposición transitoria 2.ª.3. Dice el artículo 5 que en las islas que sean de propiedad privada de particulares o entidades públicas, "serán de dominio público su zona marítimo-terrestre, playas y demás bienes que tengan este carácter, conforme lo dispuesto en los artículos 3 y 4". En parecidos términos, la disposición transitoria 2.ª.3 dispone: "los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley conservarán esta condición, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre seguirán siendo de dominio público en todo caso". Consiguientemente, cuantas alegaciones se hacen en la demanda y en el escrito de conclusiones afirmando el carácter privado de las playas y de la zona marítimo-terrestre existentes en la isla propiedad de las demandantes no pueden ser acogidas por este Tribunal.

Para la protección del dominio público marítimo-terrestre, la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado, la LC somete los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre —incluido el de las islas e islotes de la disposición transitoria 14.6— a las limitaciones y servidumbres que se determinan en su título II, cuyas disposiciones tienen el carácter de regulación mínima y complementaria de las que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias (art. 21.3 LC). Es importante destacar que la STC 149/1991, de 4 julio (RCL *1991, 149*), en el *F. 3, I*, descarta globalmente la pretendida inconstitucionalidad de las limitaciones y servidumbres previstas en el Título II de la Ley de Costas.

Entre las servidumbres legales reguladas en el capítulo II del Título II, se encuentra la servidumbre de tránsito (art. 27), zona que deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos. Otra de las servidumbres comprendidas en este capítulo es la de "acceso público y gratuito al mar" (art. 28.1) que recae, en la forma que determina, "sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre". A estas servidumbres de carácter imprescriptible (art. 21.1 *in fine* de la LC) están también sujetos los terrenos enclavados en las islas a que se refiere la disposición transitoria 14.6 del RGC. De la servidumbre prevista en el artículo 28.1 LC dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 julio, que es "una medida indispensable para la efectividad de la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre".

La forma de utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera —sin excluir el dominio público marítimo-terrestre de las islas o islotes a que venimos refiriéndonos— está regulado en el Título III de la Ley de Cos-

tas. Algunos preceptos comprendidos en este título tienen especial incidencia en el supuesto que juzgamos. Así, el artículo 31.1 establece que dicha utilización "será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél"; y el artículo 33.1 dispone que "las playas no serán de uso privado" (salvo lo previsto para reservas demaniales). Desde la misma cabecera de la LC se impone a la Administración, entre otros fines, que garantice el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, mandato que vuelve a reiterarse en el artículo 46 (comprendido en el Título II) cuando establece que "con el fin de garantizar la integridad del dominio público marítimo-terrestre y la eficacia de las medidas de protección sobre el mismo, la Administración del Estado podrá aprobar actuaciones de su competencia".

El sentido de la disposición transitoria 14.6 —referida a un determinado tipo de concesiones demaniales— se alcanza mejor recordando que el artículo 37.1 de la LC precisa que "la ocupación del dominio público no implicará, en ningún caso, la cesión de éste, ni su utilización significará la cesión de las facultades demaniales de la Administración del Estado". La existencia, pues, de tales concesiones no impide que la Administración garantice el acceso al dominio público marítimo-terrestre insular en las condiciones impuestas por la Ley, es decir, en forma libre, pública y gratuita. Las concesiones que la disposición general impugnada autoriza a modificar se otorgaron cuando estaba vigente una concepción del dominio público marítimo-terrestre no opuesta a que al mismo únicamente tuvieran acceso los beneficiarios de tales concesiones (con la excepción de quienes hasta el mismo llegaron a bordo de embarcaciones). El cambio legislativo llevado a cabo en ejecución y cumplimiento de los mandatos constitucionales que antes hemos transcrito ha alterado los supuestos legales determinantes del otorgamiento de las concesiones. Esta alteración, de acuerdo con los artículos 77.*a)* de la LC y 156.1.*a)* de su Reglamento general, hace posible la modificación de las condiciones de la concesión. Pues, en efecto, modificar las concesiones, no extinguirlas, es lo que la norma reglamentaria impugnada impone a la Administración: "las concesiones otorgadas se revisarán de oficio por el MOPU", precisando al final del párrafo que la actuación consiste en una "modificación de sus condiciones", modificación por la que muestra preferencia la Ley, que limita la revocación a los supuestos en que "no sea posible la modificación del título" [art. 78.1.*d)* de la LC]. Esa apertura al uso público que con la modificación se pretende encuentra asimismo amparo en la disposición transitoria 3.ª.6 de la Ley, con arreglo a la cual "los accesos públicos al mar actualmente existentes y los construidos en virtud de planeamiento urbanístico aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, permanecerán destinados al público, abriéndose al mismo cuando no lo estuvieran".

Afirmar lo anterior supone rechazar la tesis sostenida por la demandante, para quien la disposición general impugnada entraña una medida expropiatoria sin indemnización, una verdadera confiscación constitutiva de delito. Teniendo presente la STC 149/1991, de 4 julio, que examinó la disposición transitoria 14.6, a la que no hizo reproche alguno, el Tribunal entiende que no estamos ante ninguno de los supuestos de extinción previstos en el artículo 78 de la LC porque, verificada, en su caso, la modificación, el concesionario mantiene su derecho a la ocupación del dominio público, no queda excluido de su goce, sigue disfrutando de la concesión, mas no en las mismas condiciones del original otorgamiento, sino en otras diferentes que la Administración introduce en el ejercicio de unos poderes a los que no puede renunciar (art. 37.1 de la LC). Los concesionarios de esos accesos artificiales construidos sobre el demanio público —construcción que, en su día, quizá hizo posible actuaciones urbanísticas que permitieron la urbanización y construcción de los terrenos enclavados en las islas o islotes— podrán continuar utilizándolos para acceder a sus propiedades, lo que siempre implicará una especial intensidad del aprovechamiento, un plus de beneficios respecto de quienes tan sólo los utilicen para acceder a los usos comunes a que se refiere el artículo 37.1 de la LC. El cambio consistirá en que, producida la modificación para la que la norma impugnada habi-

lita, los concesionarios tendrán que compartir la utilización del acceso artificial a la isla o islotes con aquellas personas que deseen hacer uso del dominio público marítimo-terrestre insular en los términos en que la Constitución y la Ley los garantiza, llegando hasta el mismo a través de los accesos artificiales construidos por el concesionario. No se puede descartar que tal modificación suponga para estos últimos una agravación, una mayor onerosidad de las condiciones establecidas por la Administración en el título concesional. Mas no cabe confundir la mayor onerosidad de las obligaciones con la privación del derecho a ocupar el dominio público. Recuérdese que existen en nuestro ordenamiento jurídico técnicas a través de las cuales se puede mantener el equilibrio económico que gobierna la concesión cuando medidas adoptadas por la Administración, con plena habilitación legal y el propósito de satisfacer el interés público, inciden perjudicialmente en la posición del concesionario, haciendo más gravosas las condiciones que la Administración impuso. En definitiva, por no tratarse de una medida expropiatoria no cabe reclamar la correspondiente indemnización, como dice en su inciso final la disposición general impugnada, lo cual es compatible con apreciar que las eventualmente nuevas y más gravosas obligaciones (el incremento del tráfico por los accesos artificiales es tan previsible como el incremento de los gastos de conservación y mantenimiento) que para el concesionario quizás comporten las medidas de ejecución de la previsión reglamentaria, podrán, en su caso, conducir a la utilización de algunas de aquellas técnicas garantizadoras del equilibrio económico, basadas en principios jurídicos que no son los que organizan la institución de la expropiación forzosa. Evidentemente, aludimos a una cuestión que no puede ser abordada en este proceso, por pertenecer al objeto de los que puedan entablarse en relación con la impugnación de los actos de aplicación de la norma reglamentaria aquí recurrida.

Cuanto llevamos dicho nos permite dar respuesta a las cuestiones que dejábamos planteadas en el fundamento de derecho cuarto. La disposición transitoria 14.6 cuenta con la habilitación genérica y específica contenida en la Ley de Costas, a cuya ejecución y desarrollo tiende dentro de los términos de la Ley habilitante. Es una norma reglamentaria que constituye un complemento necesario para la consecución de los fines que la Ley determina. En la reciente Sentencia de esta Sala de 14 octubre 1996, recaída en los recursos acumulados núms. 151/1991 y 7471/1992, interpuestos también contra el RGC, hemos dicho cuanto sigue: "El Reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa. Por ser el Reglamento norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los Reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración —Reglamento— queda integrada en aquél. Pero la potestad reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las Leyes (art. 97 de la CE)". También hemos dicho en la misma sentencia que "la labor de los Tribunales, obliga a éstos a tener que poner el Reglamento cuya validez se cuestione en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo (y tratándose de Reglamentos ejecutivos particularmente con la Ley que desarrollen), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que éste complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del CC), en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la CE. Ello es así porque el Reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos. Así, pues, el Reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a conclusión de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos dichos". Esta doctrina, aplicada al caso que ahora juzgamos, reafirma la conclusión antes alcanzada: la disposición reglamentaria impugnada cuenta con habilitación

legal suficiente y su contenido es conforme con la Ley que ejecuta, todo ello teniendo en cuenta la doctrina contenida en la STC 18/1982, de 4 mayo (RTC 1982, 18) (en especial, Fundamentos tercero y cuarto).

La disposición impugnada constituye una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria para fines conformes con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en la que por tanto no cabe apreciar vestigio alguno de desviación de poder, antes al contrario, subordinada a la Ley, la norma constituye un instrumento para que, en las islas e islotes a que se refiere, el patrimonio colectivo especialmente valioso que es el dominio público marítimo-terrestre insular, como espacio natural de libertad, sea preservado para el uso y disfrute de todos los ciudadanos, por decirlo exactamente con las propias palabras de la exposición de motivos de la Ley de Costas. A juicio del Tribunal, la norma impugnada sirve con objetividad los intereses generales (art. 103.1 de la CE). No es una disposición de caso único, como se afirma en la demanda. Como dijimos en el Auto de 5 abril 1993 por el que se denegó la suspensión de su ejecución, "va dirigida a todos aquellos accesos artificiales construidos en islas o islotes del mar litoral español y para preservar un derecho público en la zona marítimo-terrestre insular, sometida a una servidumbre de libre y gratuito tránsito". Hay, pues, igualdad de trato. La medida, además, es adecuada —congruente y proporcional— al fin que se propone.

Tan reiterada Disposición Transitoria es una disposición general que, fiel a la Ley que ejecuta, habilita a la Administración para modificar las concesiones a que se refiere, en los términos que la misma establece. Por no tratarse de una medida expropiatoria, no cabe exigir que la norma prevea la indemnización consiguiente. Resulta procedente recoger aquí (art. 5.1 de la LOPJ) algunas de las consideraciones jurídicas contenidas en el fundamento jurídico 8.A) de la STC núm. 149/1991, de 4 julio, en relación con aquellos alegatos dirigidos a las disposiciones transitorias de la Ley de Costas y a algunos artículos específicos (en particular los arts. 3, 4 y 5) sobre la violación del artículo 33.3 de la CE. Tales consideraciones pueden resumirse así: 1.º) El derecho que ese precepto constitucional consagra no puede ser disociado del enunciado en el apartado precedente del mismo artículo 33 (la función social del derecho a la propiedad privada delimitirá su contenido, de acuerdo con las Leyes). 2.º) La función social de la propiedad opera no sólo en abstracto, sino también en concreto. El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos, como es, en el caso que ahora nos ocupa, la de su contigüidad o proximidad respecto al dominio público marítimo-terrestre. Las limitaciones introducidas con carácter general en el capítulo 2.º de la Ley, como los meros cambios legislativos, aun cuando impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades), que antes de él se tenían, no implica necesariamente privación de derechos que permita, en consecuencia, exigir la indemnización que el artículo 33.3 CE garantiza. 3.º) Desde el momento mismo de la promulgación del Texto Constitucional, todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones ulteriores de la Administración la delimitación de sus confines. 4.º) El principio de la primacía de los derechos constitucionalmente garantizados, del que se sigue que cualquier limitación de éstos, aunque no afecte a su contenido esencial, sólo es constitucionalmente legítima cuando la consecución de la finalidad perseguida por la norma no puede ser alcanzada sin imponerla, sólo es aplicable a aquellas normas que afectan directamente al contenido del derecho, no a aquellas otras que teniendo objeto distinto producen inconvenientes o desventajas a algunos titulares de derecho por las circunstancias concretas que en ellos se dan. 5.º) La eliminación de titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no puede ser considerada, desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues es, cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma. 6.º) Respecto de la

eventual existencia de enclaves de propiedad privada en el dominio público, aun si dichos enclaves se mantienen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudiera resultar de la nueva regulación legal, no podrían ser consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad. En consecuencia no podría ser entendida, por ejemplo, como privación de un derecho preexistente, la limitación que a su ejercicio impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera, pues no puede tampoco la existencia de esos derechos dominicales impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza.

Dice también la STC 4 julio en su fundamento jurídico 1.C) que en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. "Esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural, cuya titularidad corresponde al Estado, de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad, se impone como necesidad lógica en todo caso". Se trata de "una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas". "Es igualmente evidente que de esa titularidad derivan también facultades propias para la Administración del Estado". De la potestad reglamentaria ha hecho uso en nuestro caso la Administración para atender el mandato del constituyente. Y es que, como añade la misma sentencia del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 1.D), para servir a la función social de la zona marítimo-terrestre, que la Carta Europea del Litoral resume, "el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos. Estas finalidades que ampara el artículo 45 CE no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilizaciones del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él. Tanto para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre como para garantizar su accesibilidad es imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios, afectando así, de manera importante, el derecho que garantiza el artículo 31.1 y 2 de la Constitución Española". En definitiva, pues, la medida para que la disposición transitoria 14.6 habilite a la Administración no es de naturaleza expropiatoria, por lo que decaen todas las alegaciones de la demanda, basadas en la vulneración del artículo 33.3 de la Constitución Española.» *(Sentencia de 16 de enero de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 531.)*

VII. LIBERTADES PÚBLICAS

Libertad de expresión. Se declara contrario al derecho de libertad de expresión el artículo 7.2 del RD 884/1989 del Régimen Disciplinario de los funcionarios de policía, que tipificaba como falta las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores. Voto particular.

Vid. XIII. SANCIONES, A). *(Sentencia de 26 de septiembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7606.)*

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Urgente. Control de la declaración de urgencia. Nulidad del Real Decreto por el que se acordó.

«La representación procesal de la Administración recurrente esgrime, como único motivo de casación, al amparo de lo dispuesto por el artículo 95.1.4 de la Ley de esta Jurisdicción, la infracción, que atribuye a la Sala de instancia de los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, así como del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque considera que dicha Sala no ha interpretado los citados preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y de su Reglamento conforme a la realidad social, pues, partiendo de la base de que el procedimiento de urgencia es el ordinario y normal en las expropiaciones forzosas, tal urgencia, como concepto jurídico indeterminado, fue correctamente apreciada en el caso enjuiciado ya que, en virtud del convenio de colaboración suscrito entre la Junta de Galicia, la Universidad de Santiago, la Diputación Provincial de Lugo y el Ayuntamiento de Lugo, se trataba de potenciar un auténtico servicio público en beneficio de los intereses generales con la construcción de la Escuela Superior de Ingenieros Agrónomos en el Campus Universitario de Lugo, lo cual se recoge expresamente en el Decreto de declaración de urgencia impugnado y resulta patente de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo, por lo que el Tribunal *a quo*, al afirmar que dicho Decreto carece de motivación, vulnera el referido precepto de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Son tres las cuestiones que en este recurso de casación suscita la Administración que acordó la urgente ocupación de los bienes y derechos necesarios para la construcción de un centro universitario en el territorio de su Comunidad Autónoma: la primera, el carácter normal y ordinario del procedimiento expropiatorio de urgencia, de lo que deduce la indebida interpretación que la Sala de instancia ha realizado de lo dispuesto por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento; la segunda, la existencia de una situación de urgencia debidamente apreciada, en contra de lo expresado en la sentencia recurrida, y la tercera, la correcta y adecuada motivación del acto impugnado al recoger lo actuado en el procedimiento al efecto tramitado, cada una de las que analizaremos por separado.

La regla interpretativa contenida en el artículo 3.1 del Código Civil, invocada por la Administración Autonómica recurrente al desarrollar su motivo de casación, efectivamente establece que las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, pero el precepto tiene un contenido más amplio y trascendente que ése al determinar que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", regla hermenéutica que ha sido rigurosamente respetada por la Sala de instancia en su sentencia al considerar el procedimiento expropiatorio de urgencia como excepcional.

El artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, regulador del procedimiento expropiatorio de urgencia, establece literalmente que "Excepcionalmente, podrá declararse la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada" y el artículo 58 de su Reglamento se refiere "al excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley", cuyas palabras no dejan lugar a duda, sin que su contexto, los antecedentes históricos y legislativos o la realidad social permitan otra interpretación que la literal.

El contexto del aludido precepto no sugiere otra interpretación que la de ser un procedimiento excepcional porque el ordinario es el que se estructura en los cuatro momentos lógicos a que alude la Exposición de Motivos de la Ley: *a)* autorización;

b) aplicación a un bien o derecho en concreto; *c)* fijación de la indemnización, y *d)* consumación de la relación que se establece entre la Administración y el expropiado por el pago y la toma de posesión, y de aquí que la propia Ley de Expropiación Forzosa, en sus artículos 48 y 51, sólo permita la ocupación de la finca por vía administrativa o el ejercicio del derecho expropiado cuando se hubiese hecho efectivo el justo precio, previamente fijado, o se consignase válidamente, salvo el supuesto excepcional contemplado en el artículo 52 que analizamos.

Los antecedentes históricos y legislativos, se encuentran en la Ley de 7 octubre 1939, promulgada bajo el apremio de circunstancias singulares, que el legislador consideró como un instrumento normativo de utilización excepcional por razones de urgencia, al mantenerse para todos los demás supuestos en pleno vigor la Ley promulgada el 10 enero 1879, de manera que, al incorporar a la vigente Ley la citada de 1939 con la redacción de su mentado artículo 52, la utilización del procedimiento de urgencia debería atemperarse, a diferencia de lo que había sucedido al aplicar en ocasiones aquélla, a su carácter estrictamente excepcional, como se reconoce expresamente en la citada Exposición de Motivos de la Ley de 16 diciembre 1954.

La realidad social tampoco permite otra interpretación que la del carácter excepcional del procedimiento expropiatorio de urgencia para evitar las consecuencias, difícilmente reparables o subsanables, de actuaciones administrativas inspiradas en el principio de los hechos consumados, que se prodigan lamentablemente en contra del espíritu y finalidad del instituto expropiatorio, contemplados por los artículos 33.3 de la Constitución y 349 del Código Civil y acogidos por el sistema regulado en la actual legislación expropiatoria, que sólo excepcionalmente permite la utilización del procedimiento de urgencia cuando lo requieran las circunstancias concretas, debidamente justificadas y con suficiente motivación de la resolución que lo acuerde o decida.

En nuestra Sentencia de 7 mayo 1996 (RJ 1996, 4220) (Recurso 265/1994, fundamento jurídico quinto) dijimos que puede considerarse plenamente consolidada la orientación jurisprudencial de esta Sala, tendente a constreñir el procedimiento expropiatorio de urgencia, contemplado por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 a 59 de su Reglamento, a sus justos términos de excepcionalidad, de manera que "para declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por la expropiación, a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada, conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, es necesario, en primer lugar, que concurran circunstancias excepcionales que exijan acudir a tal procedimiento y, en segundo lugar, que el acuerdo, en el que se declara dicha urgencia, esté debidamente motivado con exposición de las indicadas circunstancias que lo justifican" (Sentencias de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 22 y 30 septiembre 1992 [RJ 1992, 6867], 3 octubre y 3 diciembre 1992 [RJ 1992, 7703 y 9788], 9 marzo 1993 [RJ 1993, 1672], 19 septiembre 1994 [RJ 1994, 6744], 23 enero 1996 [RJ 1996, 369] y 16 marzo 1996 [RJ 1996, 2386], Recurso de Casación 6197/1996, fundamento jurídico primero).

Sostiene la Administración recurrente que, en todo caso, existía una auténtica situación de urgencia que no ha valorado correctamente la Sala de instancia por mantenerse en un plano meramente formalista sin analizar la realidad subyacente.

Tal afirmación no es exacta porque, si bien es cierto que la sentencia recurrida alude exclusivamente a las causas justificativas de la declaración de urgencia recogidas en la motivación del propio Decreto que la declaró (no determinantes de una actuación urgente, sino compatibles, como declara el Tribunal *a quo*, con los trámites del procedimiento expropiatorio ordinario), sólo se esgrime en el expediente tramitado al efecto otra razón, no recogida por el Decreto ni mencionada por la Sala de instancia en su sentencia, para intentar justificar la urgencia, cual es la existencia de un proyecto ya confeccionado y presupuestado que, de llevarse a cabo la expropiación por el procedimiento ordinario, determinaría el desfase de los precios

del mismo, pero este argumento tampoco explica la urgencia en conseguir el fin de la expropiación, que no es otro que la construcción de un edificio en el Campus Universitario de Lugo para albergar la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos.

Ni las circunstancias que se publican como motivación de la declaración de urgente ocupación ni esta otra que se silencia son justificación suficiente para acudir a dicho procedimiento excepcional para ocupar de inmediato los bienes y derechos afectados por la expropiación, pues ninguna de ellas explica la necesidad de construir urgentemente tal sede para el indicado centro universitario, y, en consecuencia, falta el requisito de la excepcionalidad, exigido legalmente para usar el procedimiento de urgencia contemplado por el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que acarrea la nulidad radical del Decreto impugnado por adolecer de un vicio insubsanable (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 13 mayo 1991 [RJ 1991, 4250], 6 octubre 1993 [RJ 1993, 7444], 1 febrero 1994 [RJ 1994, 739], 16 marzo 1996 y 7 mayo 1996 [RJ 1996, 4220]).

Finalmente, se alega por la representación procesal de la Administración autonómica recurrente que el Decreto, declarando la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación para la construcción de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos en el Campus Universitario de Lugo, está suficientemente motivado con la exposición de las circunstancias que lo justifican.

No se puede negar que el Decreto anulado por la Sala de instancia contiene una motivación, pero la Sala de instancia no lo anuló por incumplir lo dispuesto por el artículo 43.1.*a)* de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, con lo que dicha Sala no ha podido infringir este precepto, en contra lo que opina la representación procesal de la Administración recurrente en casación, sino que lo declaró contrario a Derecho porque la motivación del mismo no justificaba en absoluto la utilización del procedimiento expropiatorio de urgencia, con lo que desconoce la exigencia del artículo 56.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 abril 1957, que impone "la debida motivación del acuerdo con exposición de las circunstancias que justifican el excepcional procedimiento previsto por el artículo 52 de dicha Ley".

No estamos, por tanto, ante un acto absolutamente inmotivado sino ante el que contiene una motivación insuficiente e inadecuada a los fines pretendidos por el mismo, cual es la declaración de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación.

En todo caso, la omisión en el Decreto combatido de la exposición de las circunstancias justificativas del procedimiento de urgencia, aunque éstas existiesen realmente (lo que no sucede), supondría la falta o defecto del segundo de los requisitos exigidos, determinante de la causa de anulabilidad prevista por el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (entonces aplicable), y no una mera irregularidad no invalidante, según hemos declarado en nuestra citada Sentencia de 16 marzo 1996, puesto que produciría indefensión al impedir a los interesados afectados conocer las razones justificativas de la necesidad de urgente ocupación y, por consiguiente, les privaría de la posibilidad de discutir o cuestionar ésta, con lo que se lesionaría el contenido esencial de su derecho de propiedad que, aunque susceptible de privación conforme a lo dispuesto en el citado 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 decir, exigen inexcusablemente la adecuada motivación del acuerdo, que declare la urgente ocupación de los bienes o derechos 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.» *(Sentencia de 21 de diciembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9367.)*

IX. PROCEDIMIENTO

Sancionador. Caducidad del expediente y prescripción de la infracción.

«En vía administrativa, la parte hoy demandante, en su defensa, alegó la caducidad del procedimiento (expediente núm. 540/1988), invocando al efecto el artículo 26 del Decreto núm. 422/1970, de 5 febrero. Este precepto, en su apartado 1 (que es al que se refiere el actor), dispone: "El Director del Servicio *(que es al que correspondía acordar la incoación del expediente sobre la existencia de posibles prácticas prohibidas por la Ley)*, elevará al Tribunal *(al TDC)*, previo, en su caso, el trámite de toma de conocimiento e informe del Consejo de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el apartado *e)* del artículo 24 de la Ley, el expediente con el informe propuesta a que se refiere el artículo anterior de este reglamento. El plazo previsto para elevación de los expedientes será de seis meses, contados desde la fecha de la admisión a trámite. Su eventual demora tendrá que estar justificada por causas ajenas a la misma instrucción". El alegato de caducidad del procedimiento del expediente referido debe ser desestimado, por las siguientes consideraciones:

a) La caducidad constituye una forma de terminación del procedimiento administrativo. La parte demandante invoca, además de la norma reglamentaria indicada, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958. Ante todo ha de precisarse, que esta Ley contempla la caducidad de los procedimientos administrativos en función de la inactividad del *interesado* (art. 99). Teniendo en cuenta la invocación que hace la demandante, resulta que los requisitos necesarios para que, por inactividad del interesado, pudiera producir la declaración administrativa de caducidad y la consecuente resolución de archivar el procedimiento, son los siguientes: que exista una paralización real del procedimiento; que la paralización sea imputable al interesado a cuya instancia se incoó el procedimiento; que ante el requerimiento de la Administración al interesado, éste no haya realizado, en el plazo de tres meses, actividad alguna conducente a que el procedimiento continúe. Por ello, el Abogado del Estado en sus alegatos en defensa de la Administración, no duda en expresar que el Decreto 422/1970, de 5 febrero, que es norma especial de aplicación a los expedientes que incoa el Tribunal de Defensa de la Competencia, no establece ni regula la caducidad del procedimiento: en función de esto alega que, en el caso que resolvemos, dado el contenido del expediente administrativo no se puede llegar a la conclusión que da la actora. La postura del Abogado del Estado es correcta dado que no se puede confundir la caducidad del expediente *por causas imputables al interesado*, con la caducidad del mismo *(perención, según pone de relieve la doctrina científica y recoge la jurisprudencia)*, por causas imputables a la Administración, a lo que como argumento de defensa se refiere la parte demandante.

b) La caducidad del procedimiento administrativo sancionador, por hecho imputable a la Administración, tiene el mismo significado que la caducidad imputable a la inactividad del interesado: produce, en su caso, la terminación del procedimiento y el archivo del expediente. Esto es lo que la parte demandante solicita, y ello merece las consideraciones que siguen:

a') Hablar de caducidad por hecho imputable a la Administración, significa tanto como mirar al efecto específico siguiente: que la actitud de la Administración sea obstaculizadora de la pronta resolución o pronunciamiento sobre el fondo. La caducidad por hecho imputable a la Administración, debe ser entendida como instrumento que evite la pendencia indefinida del procedimiento administrativo sancionador por paralización de alguno de sus trámites. Ello nos lleva directamente a tener que distinguir dos conceptos distintos: la duración máxima que debe tener todo procedimiento, y la caducidad como causa de terminación del mismo. El Tri-

bunal Supremo ha tenido ocasión de ocuparse de esta fundamental diferencia: así, la Sentencia de 15 marzo 1961 precisó que es irrelevante a los efectos de anulabilidad el que el expediente dure más de seis meses, porque el artículo 161 de la LPA considera ese plazo únicamente como causa de poder exigir la responsabilidad por el retraso si no estuviere justificado; otra Sentencia de 19 diciembre 1961 (RJ 1962, 100) insiste en ese mismo criterio, al decir que la tardanza en resolver el expediente en modo alguno conduce de por sí a la nulidad de lo actuado o, como pretende la demanda, a la caducidad del expediente mismo. Más tarde, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 noviembre 1974 (RJ 1974, 4241), expresó que la resolución tardía es plenamente válida en virtud de la eficacia del acto irregular que se consagra en los artículos 49 y 61 de la LPA. Y no faltan Sentencias como las de 18 febrero 1964 (RJ 1964, 1909), 9 marzo 1964 (RJ 1964, 1177) y 20 octubre 1964 (RJ 1964, 4675), que no dudan en señalar que el transcurso del tiempo asignado a las actuaciones administrativas para su realización, puede dar lugar a que se exija responsabilidad disciplinaria a los funcionarios causantes de la dilación.

b') La cuestión de la caducidad del procedimiento administrativo, que ahora trae la demandante al proceso, fue ya alegada en vía administrativa, al recurrir en reposición el Acuerdo 6 septiembre 1991, del Consejo de Ministros. El propio Consejo de Ministros, al resolver el recurso de reposición, abordó y resolvió la cuestión, desestimando el alegato del recurrente. En esta sentencia corresponde, pues, examinar si la decisión administrativa ahora impugnada en vía jurisdiccional es conforme a Derecho. La respuesta que debemos dar es afirmativa: la Administración resolvió dicha cuestión conforme a Derecho. Ello debe ser confirmado por las siguientes razones:

1.ª) La finalidad primordial que imponía el Decreto 422/1970, de 5 febrero, sobre la obligación del Director del Servicio respecto al Tribunal de Defensa de la Competencia, era la de procurar que el Consejo de Defensa de la Competencia tuviera conocimiento, antes de su remisión al Tribunal, de los expedientes. Y sólo cuando los expedientes sobre la posible existencia de prácticas prohibidas por la Ley estén conclusos, deben ser remitidos al Tribunal acompañados de un informe-propuesta que contenga las prácticas observadas, sus antecedentes y los efectos producidos (art. 22.4 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia).

2.ª) Dentro de la pretensión concreta de la parte demandante que examinamos y resolvemos, el artículo 26 del Decreto 422/1970 dispone que el plazo previsto para la elevación de los expedientes será de seis meses, contados desde la fecha de la admisión a trámite. Este precepto no puede aislarse, a los efectos de su correcta interpretación, del contexto de la Ley ni del contexto del propio Reglamento: este Reglamento, en su artículo 28, impone a los interesados el derecho —y podría decirse que la obligación— de reclamar en queja, en todo momento, contra los defectos de la tramitación del expediente, y en especial los defectos que supongan paralización de plazos, con la consecuencia de que la estimación de la queja puede dar lugar a la incoación de expediente disciplinario contra el funcionario o funcionarios responsables de la infracción. Esos preceptos del Reglamento citado están en concordancia, como dice la propia Administración, con el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, expresamente invocada por la parte demandante: de ahí que tenga pleno sentido la doctrina jurisprudencial que anteriormente hemos consignado. La parte demandante invoca en su defensa las SSTS de fechas 22 diciembre 1986 (RJ 1987, 1557), 23 enero 1989 (RJ 1989, 230), 19 julio 1989 (RJ 1989, 6034) y 7 diciembre 1989 (RJ 1989, 8769); pues bien, estas sentencias, referidas a materia de disciplina de mercado, rectamente interpretadas, lejos de constituir elemento eficaz de defensa, reiteran la doctrina jurisprudencial que hemos consignado anteriormente.

c) Por todo lo anteriormente razonado, debemos desestimar el alegato que se contiene en las demandas de los procesos acumulados que resolvemos, respecto a la

pretensión de que se declare la caducidad del procedimiento administrativo que indica.

Frente al alegato de la prescripción de las infracciones, debemos hacer las siguientes consideraciones:

a) La prescripción es instituto jurídico admisible, porque actúa como garantía de la seguridad jurídica.

b) La prescripción tiene su fundamento en la objetiva inactividad de la Administración en orden al ejercicio de su derecho a sancionar.

c) Alegada la prescripción, debe procederse al análisis de los datos fácticos y objetivos, caso por caso, para determinar si es de estimar o no la misma.

d) En la demanda, la parte demandante habla de la prescripción de la acción sancionadora. Ante esto tenemos que precisar lo siguiente: la prescripción opera bien por haber transcurrido el plazo señalado en la Ley desde la comisión del ilícito administrativo sin que se haya iniciado expediente sancionador, bien porque, habiéndose iniciado tal expediente sin que el plazo de prescripción haya transcurrido, el procedimiento administrativo sancionador se paralizare durante dicho plazo. Pues bien, en el caso que resolvemos, no es posible estimar que haya transcurrido el plazo de prescripción antes de la iniciación del procedimiento, puesto que las primeras actuaciones por parte del Servicio de Defensa de la Competencia se produjeron el día 23 de septiembre de 1988 y el expediente sancionador se inició el día 4 de octubre de 1988. No cabe, pues, estimar que la Administración dejara de iniciar el *expediente sancionador extemporáneamente, ni cabe estimar que el procedimiento* administrativo sancionador estuviere interrumpido durante el plazo que, como de prescripción, señala la norma legal. Basta el examen del expediente administrativo para que tengamos que afirmar de que el expediente no estuvo interrumpido. En la demanda que la actora formuló en el Recurso número 7208/1992 no se alega sobre la prescripción; y en la demanda formulada a propósito del Recurso contencioso-administrativo, número 509/1995, expresa una serie de fechas para alegar que tomando el trámite que se desee, siempre queda comprobado que transcurre un plazo superior a dos meses en que la Administración se halla inactiva ante la parte demandante, expresando que, a juicio de la representación procesal de la actora, no puede hablarse de un ilícito continuado, por ser varios los presuntos autores y el plazo, aunque inconcreto, es dilatado y semanal. Tales alegatos deben ser desestimados, por las siguientes razones:

1.ª) Porque en vía administrativa, la hoy demandante únicamente cuestionó el plazo de prescripción a los efectos de haber transcurrido sin iniciar el procedimiento y a ello se refiere expresamente la Resolución de 8 julio 1991, del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia. La prescripción de la acción no se produjo por lo que se ha dicho y, además, porque en orden al tipo de infracciones como por la que se sancionó a la demanda, es de tener en cuenta que *son infracciones continuadas*, aspecto éste recogido y resuelto por la Administración en términos correctos. Teniendo en cuenta que aun después de iniciarse el procedimiento sancionador y aun en buena parte del período en que se tramitaba, seguían cometiéndose las infracciones administrativas típicas claramente expresadas por la Administración: esto no puede ser olvidado a la hora de decidir sobre si debe o no aplicarse la prescripción.

2.ª) Ahora, en el proceso, concretamente en el Recurso 509/1995, la demandante en su defensa vuelve a alegar la prescripción de la acción sancionadora, pero bajo ese alegato comprende también la prescripción por paralización del procedimiento por tiempo superior a dos meses. Frente a ello hay que afirmar que del examen del expediente único sobre la conducta de la hoy demandante y de otra empresa, no cabe apreciar el transcurso del plazo que se dice. Y debemos reiterar ahora lo que anteriormente hemos ya precisado a propósito de la infracción por la que la demandante fue sancionada. No cabe estimar el simple alegato formulado por la deman-

dante, respecto a la prescripción. Para que el alegato pudiera ser estimado, hubiera sido necesario demostrar con certeza objetiva el transcurso del tiempo sin actividad de la Administración. La representación procesal de la parte actora cita una serie de fechas a las que, subjetivamente, da un valor que no es posible aceptar, dado el contenido del expediente administrativo: lo relevante hubiera sido que la actora hubiere acreditado su inactividad infractora una vez iniciado el procedimiento sancionador y durante su total tramitación.» *(Sentencia de 20 de enero de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 535.)*

X. SANCIONES

A) *«Non bis in idem». Relación con reincidencia. Libertad de expresión. Se declara contrario al derecho de libertad de expresión el artículo 7.2 del RD 884/1989 de Régimen Disciplinario de los funcionarios de policía, que tipificaba como falta las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores. Voto particular.*

«Mayor entidad tiene la impugnación de los artículos 6.10 y 7.2 del RD por vulneración, respectivamente, del principio *non bis in idem* y del derecho de libertad de expresión, por lo que se ha reservado su examen para el final.

En cuanto a la impugnación del primero de los dos citado preceptos, respecto al que en el Suplico de demanda postula la parte el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad —pedimento *1.e)*— ("Haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año"), el sindicato recurrente (F. 9.º de demanda) alega que infringe el principio *non bis in idem*, "incluido dentro del principio de legalidad y de seguridad jurídica reconocido en el artículo 25 de la Constitución".

Se aduce al respecto que:

"Se está sancionando con ello faltas que ya han sido objeto de sanción anterior, y al aplicarse una nueva sanción por esa acumulación de otras tres, se establece una cuarta con la consideración de muy grave. Es decir, se están sancionando nuevamente hechos ya castigados con anterioridad, con dura conculcación del principio citado. No está contemplando la norma un caso de reincidencia, que implicará considerar el último hecho como más grave al tenerse en cuenta los antecedentes del funcionario, sino que se está estableciendo una nueva sanción".

Y se cita en refuerzo de la tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 enero 1981 (RTC 1981, 2), como veda del ejercicio múltiple de la potestad sancionadora, cita jurisprudencial que se completa con la alusión a las Sentencias de este Tribunal Supremo de 18 octubre 1982 (RJ 9182, 6382), 4 julio 1983 (RJ 1983, 3971), 2 febrero y 18 julio 1984 (RJ 1984, 1016) y 11 abril 1989 (RJ 1989, 3098).

Por su parte, el Abogado del Estado destaca que el precepto reglamentario cuestionado es fiel reproducción del artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986 y que "simplemente viene a significar un mayor reproche ante la reiteración en el quebranto de sus deberes por los funcionarios del *(sic)* Cuerpo Nacional de Policía acorde con los principios que rigen su régimen disciplinario..."; y que no existe inconstitucionalidad, pues "tomando como base la circunstancia de la reincidencia por cierto declarada constitucional y no contraria al principio *non bis in idem* en las Sentencias del Tribunal Constitucional 158/1991, de 19 octubre (RTC 1991, 158) —tal como ordena el artículo 27.4 de la Ley 2/1986—, lo que se hace es configurar una infracción en la que no se vuelve a castigar el hecho o hechos anteriores sancionados individualmente con fuerza de cosa juzgada, sino la habitualidad en la comisión de infracciones superiores que se erige así en conducta reprochable en virtud de una opción legítima del legislador".

Partiendo de la base de que el precepto reglamentario es reproducción del artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986, el juicio de constitucionalidad desde la perspectiva del principio *non bis in idem* debe trasladarse a este último precepto, que sería, en su caso, el objeto posible de la eventual cuestión de inconstitucionalidad, y no el precepto reglamentario, contra lo solicitado por el recurrente, y según se advirtió en otro momento anterior a propósito de la impugnación de otros preceptos reglamentarios, asimismo reproducción de otros de la Ley.

Para la adecuada decisión del caso es necesario partir de la exigencia en nuestro sistema del principio *non bis in idem*, que, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el artículo 25.1 de la Constitución (SSTC 2/1981 [RTC 1981, 2], 159/1985 [RTC 1985, 159], 23/1986 [RTC 1986, 23], 66/1986 [RTC 1986, 66], 94/1986 [RTC 1986, 94], 107/1989 [RTC 1989, 107], 122/1990 [RTC 1990, 122], 150/1991 [RTC 1991, 150], 152/1992 [RTC 1992, 152] y 270/1994 [RTC 1994, 270]), siendo, a su vez, reiterada la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que lo proclama (entre otras muchas, SSTS 4 julio 1983 [RJ 1983, 3971], 2 febrero y 18 julio 1984 [RJ 1984, 1016 y 4025], 2 febrero 1985 [RJ 1985, 723], 22 mayo 1986 [RJ 1986, 2396], 20 enero y 14 julio 1987 [RJ 1987, 256 y 5429], 18 abril 1988 [RJ 1988, 3374], 24 enero y 11 abril 1989 [RJ 1989, 432 y 3098], 28 octubre 1991, 14 diciembre 1992 [RJ 1992, 9973], etc.). Sobre el sentido del principio, en su principal aplicación, bueno es traer aquí a colación la doctrina de la STC 159/1985 (RTC 1985, 159):

"La regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que las contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativo o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado...".

Y más adelante:

"... el principio *non bis in idem* sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior...".

Por tratarse de situaciones en cierto sentido próximas a las regidas por el precepto legal aquí cuestionado [el art. 27.3.*j)* de la LO 2/1986], es conveniente traer a colación nuestras Sentencias de 2 febrero 1985, 14 julio 1987 y 18 abril 1988, que, confirmando las sentencias de instancia, estimatorias de los correspondientes recursos, entendieron aplicable el principio *non bis in idem* a casos de separación del servicio de funcionarios del Cuerpo de la Policía Nacional, por aplicación del artículo 524 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa (aprobado por Decreto 17 julio 1975), a la sazón vigente, en razón de conductas que ya habían sido sancionadas previamente por aplicación de otros preceptos del Reglamento.

Vedada por dicho principio la doble sanción por unos mismos hechos, no es contrario a él, sin embargo, el tratamiento agravado de la reincidencia, bien mediante la agravación de la calificación del hecho nuevo, bien por la agravación de la sanción, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 150/1991 (RTC 1991, 150) y 152/1992 (RTC 1992, 152).

En todo caso, debe destacarse la necesidad de que en la reincidencia exista un hecho nuevo, entitativamente distinguible de los sancionados con anterioridad, sin que al socaire de la licitud constitucional de la agravación de la reincidencia tengan cabida, con base en ella, tipos ambiguos de habitualidad, sin conducta nueva discernible.

Es especialmente ilustrativo al respecto el caso decidido por la STC 270/1994 (RTC 1994, 270) ("BOE" de 22 de noviembre de 1994) y la doctrina establecida en ella.

Se trataba (F. 5.º) de una sanción impuesta por aplicación del artículo 59.3 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, LO 12/1985 (ámbito disciplinario en el que las claves de disciplina y ejemplaridad de la conducta tienen una funcionalidad en modo alguno menor que la que pueden desplegar en el del Cuerpo Nacional de Policía) "por un conjunto de actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo y demostrativas de una actitud contraria a la disciplina que ha de observar un miembro de la Guardia Civil", por las que se instruyó el expediente gubernativo para la imposición de sanción disciplinaria extraordinaria prevista en el citado artículo 59 de aquella Ley, habiendo sido esas actuaciones, componentes del conjunto referido, previamente sancionadas en otros expedientes sancionadores. Ante la justificación de la Sentencia de la Sala 5.ª de este Tribunal Supremo (F. 6.º) de que "lo que constituyó ese hecho distinto que, a su entender, justificaba la imposición al demandante de amparo de la doble sanción ordinaria y extraordinaria, fue el 'comportamiento' observado por aquél a lo largo de un dilatado período de tiempo, en tanto en cuanto denotaba una actitud gravemente contraria a la disciplina, servicio o dignidad miliar que, como tal, era incardinable en el tipo de falta grave contenida en el artículo 59.3 de la LORDFA", y tras rechazar la interpretación de ese precepto, por el Tribunal *a quo*, por estimar que la vaguedad de los términos utilizados al respecto en esa interpretación era contraria al principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1 CE, expone una doctrina, que fija una guía, ineludible aquí, en cuanto al problema suscitado, relativo a la interpretación del artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986. Se dice al respecto:

"A la luz de la Constitución habría por consiguiente que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniere fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presunción de una cierta 'tipología del autor'. Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado Social y democrático de Derecho como el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido".

Y avanzando el análisis desde la perspectiva del principio *non bis in idem*, y tras dar por sentado el fundamento de la imputación de una conducta indisciplinada "a la vista de las distintas faltas que había cometido", se dice al respecto:

"... resta por ver si la mencionada sanción obedeció a la realización de hechos distintos de los ya sancionados en vía ordinaria o si, aun tratándose de los mismos hechos, la duplicidad de sanciones venía justificada en este caso. En el entendimiento, claro está, de que, para que así fuese, sería necesario que con la sanción extraordinaria se estuviese protegiendo un interés distinto al tutelado con las sanciones ordinarias y que la sanción fuese proporcionada a la necesidad de protección adicional (STC 239/1991 [RTC 1991, 239])".

Por último, la sentencia que glosamos (F. 8.º), tras dejar sentado que el soporte de la sanción extraordinaria impugnada era una conducta anteriormente sancionada, desemboca en el siguiente corolario:

"Debe, por consiguiente, concluirse que, al imponer al recurrente una sanción extraordinaria de separación del servicio en base a la que, en definitiva, ni podía calificarse de hecho distinto ni afectaba a un bien jurídico diverso de aquel cuya lesión había motivado la imposición de una sanción ordinaria, los órganos administrativo y judicial han incurrido en una patente infracción del principio *non bis in idem*, reconocido en el artículo 25.1 CE".

En el marco de la doctrina general expuesta debemos acometer ya el análisis del cuestionado artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986.

Ha de advertirse que el eventual planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto al mismo, sólo sería procedente, según lo dispuesto en el artículo 5.3 de la LOPJ, si no fuera posible por vía interpretativa la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

Como ya dijimos en otro momento a propósito de la interpretación de uno de los preceptos reglamentarios impugnados (F. 8.º), no podemos limitarnos a una interpretación exclusivamente gramatical del precepto, sino que debemos situarlo en el conjunto integrado del ordenamiento jurídico, en el que debe coexistir con otros de superior rango, en este caso el artículo 25.1 CE, que no puede operar sólo como hipotético fundamento de la inconstitucionalidad pretendida por el recurrente, sino como clave interpretativa de su sentido.

La crítica del recurrente, que en su momento se dejó reflejada, parte de una interpretación (posible, si para ella se utiliza exclusivamente un criterio literal y lógico) según la cual el tipo cuestionado ("Haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año") supone la existencia de la infracción, sin necesidad de un hecho nuevo, sólo por haber sido sancionado antes en los términos indicados en el tipo.

De aceptar esa interpretación, podríamos enfrentarnos con las dificultades constitucionales reflejadas en la jurisprudencia de este Tribunal y en la del Tribunal Constitucional, expuesta en el fundamento anterior.

El hecho, la conducta sancionable, debe tener una identidad propia en el puro terreno de los hechos, y no parece posible, sin apartarnos de la jurisprudencia citada, que unas determinadas conductas del pasado, sancionadas en su individualidad, constituyan de por sí fácticamente en el presente una conducta nueva, diferenciable como conjunto.

La idea de conjunto, y el marco temporal en el que la pluralidad de conductas infractoras se aloja, tal vez permita atribuir una posible diferente significación de esas conductas antes sancionadas, en cuanto revelador de una cierta actitud subjetiva del infractor; mas ni el eventual posible significado distinto, ni el elemento temporal, referibles a ese conjunto, son bastantes, para generar por sí solos un hecho nuevo, susceptible de dar cuerpo a un diferente tipo de infracción, so pena de poder dar entrada a una cierta "tipología de autor", vedada según la STC 270/1994.

Es necesario, pues, rechazar la interpretación en que se asienta la crítica del sindicato recurrente, intentando la búsqueda de otra interpretación distinta, antes de aceptar el planteamiento de una posible cuestión de inconstitucionalidad, por exigencias del artículo 5.º.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se suscita la duda de si el artículo 27.3.*j)* LO 2/1986, podría explicarse como una tipicidad similar a la del apartado *a)* del propio artículo, sin más que sustituir el delito único, como elemento suficiente del tipo, por la pluralidad de infracciones administrativas en el marco temporal de un año. Una explicación tal no sería, empero, constitucionalmente adecuada, pues en el tipo del apartado *a)*, que permite, sin duda, una posible doble sanción, penal y administrativa-disciplinaria, se parte de dos ordenamientos jurídicos diferentes, en los que se tutelan bienes jurídicos distintos. En la del apartado *j)*, por el contrario, es único el ordenamiento, y único el bien jurídico tutelado; por lo que la significación constitucional de cada uno de los dos tipos desde la perspectiva del principio *non bis in idem* no puede ser la misma.

El precepto cuestionado se salva si, al entender que es necesario un hecho nuevo, por exigencias del principio *non bis in idem*, se interpreta en el sentido de que este elemento está implícito en el tipo, y que por tanto se refiere a una infracción y un hecho nuevos, de por sí constitutivo de infracción grave por la propia lógica del tipo, a la que le preceden, como elementos del mismo, las sanciones que en él se indican.

Así entendido, el tipo es tan sólo una aplicación de la técnica de la reincidencia, cuya constitucionalidad está reconocida, según se ha indicado antes en las SSTC 150/1991 (RTC 1991, 150) y 152/1992 (RTC 1992, 152).

Las alegaciones del Abogado del Estado en este punto se basan precisamente en la reincidencia; pero, obviamente, ésta reclama, como contenido fáctico necesario,

un nuevo hecho, a añadir a la cadena de los precedentes, pues el prefijo recomporta de por sí la idea de repetición.

Expresando la interpretación en términos más claros: el tipo se refiere a una cuarta infracción grave, cuando han precedido las sanciones en él indicadas.

Una interpretación alternativa que, sobre la base de la referencia del tipo a un fenómeno de reincidencia, situase la infracción muy grave en la comisión de una tercera infracción no sería aceptable, pues violentaría el sentido del tipo, con lesión del principio constitucional de legalidad y tipicidad.

Supondría sustituir el elemento de una triple sanción anterior por sólo una doble sanción, lo que no se ajusta a los términos de la ley, y además implica una agravación de la tercera infracción, que, de grave, se convertiría directamente en muy grave.

Entendido el precepto legal en los términos indicados, resulta perfectamente constitucional, sin que por tanto deba plantearse la cuestión que el recurrente solicita.

Y en la medida en que el tipo reglamentario del artículo 6.10 del RD es reproducción literal del tipo legal, y que por tanto la interpretación de éste vincula a la de aquél, es vista su perfecta constitucionalidad, por lo que debe desestimarse su impugnación.

El artículo 7.2 del RD, que tipifica como falta grave "Las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores", se impugna (F. 4.º de demanda) como vulnerador del derecho constitucional de libertad de expresión, establecido en el artículo 20.1.*a)* de la Constitución Española.

Se alega sobre el particular por el sindicato recurrente que "se está sancionando con dicha falta la emisión de cualquier crítica o manifestación de disconformidad, por leve que sea, respecto a las decisiones de los superiores. No se exige ni que dicha crítica ponga en peligro el buen funcionamiento del servicio o de la institución policial, ni que las decisiones de los superiores sean legales y estén dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia, ni que la crítica suponga una descalificación o se haga con ánimo de censurar o vituperar aquellas decisiones, o sea irrespetuosa".

Se aduce que el tipo se aplica también a los representantes sindicales, ligándolo con el del núm. 22, ya analizado antes, y se invoca, como doctrina de cobertura del alcance de la libertad de expresión de los funcionarios, la contenida en la STC 81/1983 (RTC 1983, 81) y Auto de la Sala Primera de 11 julio 1984, expresiva de un cambio histórico en la concepción de libertad de opinión de los funcionarios y de una aproximación a la del simple ciudadano, con unos límites que, en tesis de la parte, en el tipo impugnado no concurren.

Culmina la impugnación con una referencia al principio de seguridad jurídica y al de tipicidad del artículo 25.1, que, a su juicio, no se aviene con la amplitud de los términos del tipo que, a su juicio, "son tan amplios que conllevan en sí una gran indeterminación, y llevados a la práctica producen numerosas arbitrariedades".

Por su parte, el Abogado del Estado destaca en su contestación los necesarios mayores límites de la libertad de expresión de los funcionarios policiales, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1983, de 10 octubre, que desestimó el recurso de amparo interpuesto por un Inspector del entonces Cuerpo Superior de Policía, que desempeñaba cargo sindical, y había sido sancionado administrativamente por el contenido de una crítica pública, contenida en una nota entregada a un medio de comunicación, con transcripción parcial de su contenido, resaltando especialmente que la sanción impuesta lo fue por aplicación del artículo 207.*c)* del Reglamento de la Policía Gubernativa, redactado en los mismos términos que el precepto aquí impugnado. Tal doctrina, en tesis del Abogado del Estado, se reitera en la STC 69/1989 (RTC 1989, 69), asimismo desestimatoria de recurso de amparo contra sanción impuesta por aplicación del mismo artículo 207, aunque de su apartado *a)*, y en la STC 17 octubre 1994, de la que asimismo transcribe los párrafos pertinentes.

Centrados los términos del debate, es preciso ante todo advertir, acogiendo sobre el particular la tesis del recurrente, que el tipo impugnado es exhaustivo en la veda de toda "manifestación pública de crítica o disconformidad respecto a las decisio-

nes de los superiores", de modo que no es posible establecer en relación con el mismo una diferenciación entre manifestaciones públicas de crítica tolerables y las constitutivas de la infracción.

Y es precisamente esa exhaustividad de tal veda el elemento problemático desde la perspectiva constitucional del artículo 20.1.*a)* CE, en cuanto que no se deja margen alguno de posible ejercicio del derecho fundamental proclamado en este precepto en relación con las decisiones de los superiores.

Por el contrario, esa misma exhaustividad entraña un factor de certeza en la descripción de la conducta, sin el margen de duda que el sindicato recurrente alega, para imputar al tipo una posible contradicción con el artículo 25.1 CE, planteamiento que entraña un cierto grado de contradicción con la crítica centrada en torno al artículo 20.1.*a)* de la Constitución Española.

Se debe así rechazar la alegada violación del artículo 25.1 CE, refiriendo el análisis a la relación entre el tipo impugnado y el artículo 20.1.*a)*.

Debemos compartir la tesis del Abogado del Estado en cuanto a la justificación constitucional de la mayor intensidad de los límites de la libertad de expresión en los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el significado nuclear que tienen los de jerarquía y subordinación (art. 5 LO 2/1986), como principios de actuación, que justifican restricciones del derecho de libertad de expresión mayores que las admisibles en relación a los ciudadanos en general.

Tal es el sentido de las Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1983, 69/1989 y la de 17 octubre 1994 (STC 270/1994), invocadas en favor de su tesis por el defensor de la Administración.

Pero la cuestión no es la de si es constitucionalmente admisible un tipo de infracción que restringe el derecho fundamental de libertad de expresión de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en cuanto a la crítica de las decisiones de sus superiores, mucho más intensamente que lo tolerable, tratándose de otra clase de funcionarios o de ciudadanos en general, sino la de si es compatible con el derecho fundamental aludido la proscripción absoluta de toda crítica pública de dichas decisiones, pues tal es el sentido del tipo impugnado. Y así planteada la cuestión, entendemos que la respuesta negativa es la correcta.

Las mismas sentencias del Tribunal Constitucional, aludidas por el Abogado del Estado, aportan elementos suficientes en aval de esa respuesta negativa. Es claro en ellas que la razón de la desestimación del rechazo de la pretendida vulneración del artículo 20.1.*a)* CE no alude al hecho de la crítica y de su publicidad, sino al de la desmesura de la misma en cada caso. Pero desde el momento que el tipo que enjuiciamos no establece matices, toda crítica pública resulta vedada, y no sólo la que es reprochable por su exceso.

Conviene resaltar en relación con la Sentencia 81/1983, en cuyo caso el tipo aplicado era literalmente coincidente con el que ahora enjuiciamos [lo era el art. 207.*c)* del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa a la sazón vigente], que el Tribunal Constitucional elude el enjuiciamiento directo de la norma reglamentaria aplicada, desde la perspectiva del artículo 20.1.*a)* CE, y centra su análisis en la concreta conducta sancionada desde la perspectiva del derecho fundamental que se pretendía violado.

No cabe así, sin forzar el sentido auténtico de esa sentencia, atribuirle un juicio positivo sobre la constitucionalidad del tipo del artículo 207.*c)* del Reglamento aludido, en relación con el artículo 20.1.*a)* CE, que lógicamente debiera ser determinante en el análisis que ahora hacemos del tipo aquí impugnado, literalmente coincidente con aquél.

Es expresivo al respecto que, pese a que la sentencia citada (F. 3.º) alude al posible juicio de constitucionalidad de los tipos a que se enfrentaba, elude dar respuesta directa a ese planteamiento, por entender que no es ése el problema a dilucidar. Y así se lee en la sentencia:

"Nuestro problema consiste más bien en decidir si, dado que gubernativa y judicialmente se ha sancionado la actuación del Inspector señor... en cuanto coautor,

único firmante y difusor de aquella nota como incursa en las faltas graves del 207.*a)* y *c)* estas normas suponen o no un límite injustificable respecto de sus derechos de libertad sindical y de libertad de opinión. Ante tal planteamiento el recurrente alega que las sanciones que le fueron impuestas lesionan el contenido esencial de las libertades antes citadas. Pero el problema a dilucidar no es ése originariamente, sino si el medio utilizado para efectuar la crítica y la defensa fue ajustado a Derecho o, por el contrario, constituyó un acto ilegítimo por el que se rebasaron los límites de los derechos de libertad sindical y de expresión de un funcionario del Cuerpo Superior de Policía".

Es, pues, un análisis del medio utilizado, y no el de la constitucionalidad de la norma aplicada, el que aborda el Tribunal en la sentencia, aunque se justifique una teoría de mayores restricciones de la libertad de expresión de los funcionarios de la Policía en razón de los principios de jerarquía y subordinación.

Que en la sentencia se hable, incidentalmente, de la coherencia de los tipos aplicados en el caso, con el deber de respeto y obediencia, no puede tomarse sin más como un juicio positivo directo del Tribunal sobre la constitucionalidad de los mismos en abstracto desde la perspectiva del artículo 20.1.*a)* CE, que es de lo que ahora se trata.

En la sentencia es fácil constatar la distinción entre críticas admisibles y críticas rechazables, cuando se dice:

"La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía, al que pertenece como Inspector el recurrente, y la misión que el artículo 104.1 CE atribuye, entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración a ese respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial".

Es claro que una crítica que reúna esas condiciones de mesura, a que el párrafo transcrito se refiere, no puede merecer el reproche aplicable a la que no se ajuste a dichos límites, de ahí la dificultad constitucional, ex artículo 20.1.*a)*, de un tipo de infracción que sin matices incrimina toda crítica.

Abstracción hecha de las concretas circunstancias de la conducta sancionada, la sentencia comentada expresa una doctrina de carácter general sobre la aproximación de la situación del funcionario a la del ciudadano "en orden a la libertad de opinión", a partir del cambio histórico que representa la Constitución (F. 2.º) que debe ser tenida aquí especialmente en cuenta, sin perjuicio de los límites específicos que exige la condición funcionarial, y en concreto la de funcionario del Cuerpo Nacional de Policía.

Y asimismo establece una teoría de límites a ponderar en cada caso (F. 3.º *in fine*), que debemos retener. Se dice sobre el particular:

"Límites que habrá de ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente...".

El problema en el tipo reglamentario de infracción que analizamos, es que su formulación es tan exhaustiva, que toda manifestación de crítica pública resulta incriminada, sin que se deje un espacio lógico en el que pueda operarse la ponderación de intereses y derechos enfrentados en esa teoría de límites, a que la sentencia comentada alude.

La STC 69/1989 (F. 2.º) tras reiterar la doctrina de la STC 81/1983 sobre los mayores límites específicos de posible aplicación a los funcionarios de la policía en el ejercicio de su libertad de expresión hace, no obstante, la siguiente advertencia:

"Este límite específico no significa, desde luego, que haya de entenderse excluida toda libertad crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos, o constreñido el ejercicio de la libertad sindical de los mismos, en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial de los derechos reconocidos en los artículos 20.1.*a)* y 28.1 de la Constitución, máxime si se tiene en cuenta el valor preferente que, según

reiterada doctrina de este Tribunal, ha de reconocerse a las libertades de información y expresión, en tanto que garantía fundamental de la opinión pública libre".

De nuevo la sentencia desestima el recurso de amparo, no por la crítica en sí, sino por la desmesura de la misma, pues "el comunicado suscrito por el recurrente y remitido a los medios de comunicación incluía expresiones formalmente irrespetuosas e incluso... ofensivas hacia la persona del superior jerárquico".

La STC 270/1994, de 17 octubre ("BOE" de 22 de noviembre de 1994), también aludida por el Abogado del Estado, se enfrenta una vez más con el alcance del artículo 20.1.*a)* CE y sus límites específicos, cuando de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se trata, reiterando el mayor rigor de esos límites, según la doctrina de las precedentes Sentencias 81/1983 y 69/1989; pero reiterando simultáneamente la veda de la exclusión indiscriminada de toda libertad de crítica, en los siguientes términos (F. 4.º):

"En ese mismo lugar decíamos también que tales limitaciones al referido derecho debían ponderarse en cada caso y ser interpretadas restrictivamente. Finalmente, en la STC 69/1989, tras insistir en los anteriores extremos, advertíamos que dichos límites específicos no excluyen toda libertad de crítica de los integrantes de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20.1.*a)* CE, sino únicamente aquella que fuese realizada sin la mesura necesaria, lo que exige que los órganos sancionadores y los órganos judiciales llamados a revisar la decisión sancionadora 'efectúen una ponderación del ejercicio que el funcionario haya hecho de sus derechos constitucionales y de los límites que a dicho ejercicio derivan de los deberes que han de cumplir en su condición de funcionarios' habida cuenta de las circunstancias concurrentes (fundamento jurídico 2.º)".

En la medida en que el tipo aquí analizado adolece de la exhaustividad y carencia de matices, que se destacaron más atrás, es indudable que resultan incluidas en él conductas de lícito ejercicio del derecho de libertad de expresión, compatibles con los límites específicos derivados del especial rigor de los deberes de jerarquía y obediencia, y en tal sentido el tipo, tal y como está formulado, entra en colisión con el artículo 20.1.*a)* CE, imponiéndose por ello el éxito del recurso en este punto, con la correspondiente anulación del precepto reglamentario impugnado, conforme a lo dispuesto en los artículos 83.2 y 84.*a)* de nuestra Ley Jurisdiccional.

No se aprecian motivos que justifiquen una especial imposición de costas.»

VOTO PARTICULAR

Que en el Recurso Contencioso-Administrativo 3730/1989 fallado por la Sección Séptima formula el Presidente de la Sala, don Angel Rodríguez García.

«1. Mi disentimiento de la sentencia dictada en este recurso se centra, en primer lugar, en la declaración de nulidad que efectúa del artículo 7.º.2 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por RD 884/1989, de 14 de julio.

A mi juicio, la falta grave tipificada en dicho precepto, "las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores", encuentra cobertura en el artículo 104.2 de la CE, en relación con los artículos 5.º.1, párrafo *d)*, y 27.4, párrafo *d)*, de la LO 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El artículo 104.2 de la CE dispone que "una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", que tienen por misión —art. 104.1— "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". Esa Ley Orgánica, hoy la LO

2/1986, configura, en su artículo 9.º, al Cuerpo Nacional de Policía como un Instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior.

Por otro lado, la LO 2/1986, dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 104.2 de la CE, determina los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, precisando, en su artículo 5.1.*d)*, que deberán "sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación". Es más, al configurar el régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y después de relacionar en el apartado 3 del artículo 27 el elenco de faltas muy graves, añade en su apartado 4 que las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente de conformidad, entre otros criterios —párrafo *d)*—, con "el quebrantamiento que pueda suponer de los principios de disciplina y jerarquía propios de este Cuerpo".

Partiendo de estas normas, bien reveladoras de una estructura y organización jerarquizadas en el Cuerpo Nacional de Policía, que necesariamente han de tener reflejo en el régimen disciplinario de sus miembros, creo se puede sostener, sin mayores dificultades, que el precepto reglamentario declarado nulo no quebranta el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, que reconoce a todos el artículo 20.1.*a)* de la CE, a pesar de lo que se arguye, a mi juicio, erróneamente en el fundamento decimocuarto de la sentencia, que respetuosamente no comparto.

En mi sentir, no se puede disgregar al analizar el tipo disciplinario descrito en el artículo 7.º.2 del Reglamento la crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores, para poner el acento en el contenido de las opiniones vertidas, de la publicidad empleada para dar una mayor resonancia a la crítica, porque justamente es el medio utilizado, las manifestaciones públicas, el que resulta difícilmente cohonestable con los principios de jerarquía y subordinación, que tren causa, a través de la LO 2/1986, del artículo 104.2 de la CE. Por eso, porque estos principios son consustanciales al modelo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que diseña la mentada Ley, al configurarse en ella el régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía se dispone que se tenga en cuenta el quebrantamiento de los principios de disciplina y jerarquía propios de este Cuerpo, a la hora de determinar reglamentariamente las faltas graves y leves.

Es verdad que la proscripción de la crítica pública de las decisiones superiores entraña una restricción del derecho a la libertad de opinión —todos los derechos están sujetos a límites para preservar otros bienes o valores—, pero cierto también que aquí se trata de unos límites que tienen su cobertura en la Ley, en los artículos 5.º.1.*d)* y 27.4.*d)* de la LO 2/1986, y cuya legitimidad constitucional no pone en entredicho la sentencia. Y es que difícilmente se podrá impedir que padezca la disciplina en un Cuerpo de estructura y organización jerarquizadas sin reaccionar por vía disciplinaria frente a actos como los que se describen en el artículo 7.º.2 del Reglamento cuestionado, en un Cuerpo, en que el conducto reglamentario es el cauce establecido para formular quejas, hasta el punto que prescindir de él puede entrañar la comisión de una falta leve —art. 8.º.5 del Reglamento—, tipo disciplinario, dicho sea de paso, que no ha suscitado reacción alguna por parte del sindicato recurrente.

Por otro lado, tampoco la doctrina constitucional invocada en la sentencia abona, a mi entender, la declaración de nulidad del artículo 7.º.2 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. Más aún, la STC 81/1983, de 10 octubre, permite sostener justamente lo contrario, por lo que se razona en el fundamento 3.º a propósito del antiguo artículo 207.*c)* del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, de idéntica redacción que el precepto reglamentario ahora anulado, que ninguna tacha merece al Tribunal Constitucional desde la preceptiva de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 28 y 21.1.*a)* de la Constitución Española.

Dice el fundamento 3.º de la expresada sentencia:

"En el presente recurso lo que se debate es si un Inspector del Cuerpo Superior de Policía, en su doble condición de tal y de autoridad sindical, está amparado por

los derechos del 28.1 y 20.1.*a)* CE para efectuar en concreto el tipo de crítica pública contenido en la nota entregada a Radio Zaragoza. Este Tribunal no ha de analizar si los hechos son o no constitutivos de las faltas tipificadas en los apartados *a)* y *c)* del artículo 207 del Reglamento. *Nuestro problema consiste más bien en decidir si,* dado que gubernativa y judicialmente se ha sancionado la actuación del Inspector señor V. en cuanto coautor, único firmante y difusor de aquella nota como inclusa en las faltas graves del 207, *a)* y *c), estas normas suponen o no un límite injustificable respecto a esos derechos de libertad sindical y de libertad de opinión.* Ante tal planteamiento el recurrente alega que las sanciones que le fueron impuestas lesionan el contenido esencial de las libertades antes citadas. *Pero el problema a dilucidar no es ése originariamente sino si el medio utilizado para efectuar la crítica* y la defensa fue ajustado a Derecho o, por el contrario, constituyó un acto ilegítimo por el que se rebasaron los límites de los derechos constitucionales de libertad sindical y de expresión de un funcionario del Cuerpo Superior de Policía. Según la Constitución en su artículo 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio institucional se convierte en deber 'de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos' para los funcionarios sujetos al Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 de julio de 1975, según su artículo 184. *De modo coherente con tal deber, el artículo 207 del mismo Reglamento considera como faltas graves,* en su apartado *a),* 'la desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades', *y en el c), 'las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores'.* La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía, al que pertenece como Inspector el recurrente, y la misión que el artículo 104.1. CE atribuye, entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que *la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos deberá hacerse con la mesura necesaria* para no incurrir en vulneración a ese respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. *El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén 'sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación'* (principio sexto de la Orden 30 septiembre 1981, acorde, según su preámbulo y como el mismo recurrente reconoce, con la 'Declaración sobre la Policía' contenida en la resolución 690 del Consejo de Europa), *para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los citados ciudadanos que el artículo 104.1 CE atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,* entre los que se encuentra el Cuerpo Superior de Policía, y *esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar actos como los que merecieron la sanción del señor V. Por esa razón el ejercicio de su libertad sindical deberá reconocer como límites esos preceptos reglamentarios,* sin perjuicio de la regulación de las peculiaridades de la libertad sindical que lleve a cabo la Ley a que se refiere el mismo artículo 28.1 de la Constitución. *Límites que habrá que ponderar en cada caso,* pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente, pero que en el caso que enjuiciamos han sido sin duda transgredidos por el recurrente, por lo que los actos de los poderes públicos que él impugna no han violado sus derechos fundamentales y el amparo que contra ellos pide no puede ser otorgado".

No elude, pues, la STC 81/1983 el enjuiciamiento del artículo 207.*c)* del Reglamento. Al contrario, afirma que este precepto, y el apartado *a)* del mismo artículo, son coherentes con el principio de jerarquía en la actuación de la Administración, principio institucional que se convierte en deber "de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos" —art. 184 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa— y esto tras poner de relieve que el problema a dilucidar es si el "medio utilizado" para efectuar la crítica fue ajustado a derecho o, por el contrario,

constituyó un acto ilegítimo, por el que se rebasaron los límites de los derechos constitucionales de libertad sindical y de expresión de un funcionario del Cuerpo Superior de Policía.

Cierto que el Tribunal Constitucional se refiere también a que la crítica deberá hacerse "con la mesura necesaria", pero nótese que tal consideración se hace al hilo de la calidad de representante sindical del entonces recurrente en amparo y que hoy la constricción por vía disciplinaria de la libertad de expresión en el ámbito de la acción sindical no está contemplada en el apartado 2 del artículo 7.º, que es el precepto declarado nulo, sino en el apartado 22 de este mismo artículo, en el que ya no se hace mención alguna al "medio" utilizado para efectuar la crítica. Y hay que resaltar también, en la misma línea argumentativa, que cuando la STC 81/1983 se refiere, en el último párrafo del fundamento 3.º, a "límites que habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados restrictivamente", pasaje que se destaca en la sentencia, el Tribunal Constitucional no se está refiriendo a la libertad de expresión sino al ejercicio de la libertad sindical, cuestión ajena al control de constitucionalidad del artículo 7.2 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

Y las mismas o parecidas reflexiones se podrían hacer respecto a las Sentencias del Tribunal Constitucional 69/1989 y 270/1994, que no hacen sino insistir en la misma doctrina de la Sentencia 81/1983.

2. Hay otro aspecto de la sentencia que tampoco puede compartir, aunque no haya tenido reflejo en el fallo. Me refiero a las consideraciones que se hacen en su motivación —fundamento decimotercero— acerca de cómo debe ser interpretado el artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986 para salvar su constitucionalidad. La Sala entendió necesario abordar esta cuestión teniendo en cuenta que el artículo 6.º.10 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, mera reproducción de aquél, es otro de los preceptos impugnados.

Para la mayoría, "el precepto cuestionado se salva, si, al entender que es necesario un hecho nuevo, por exigencias del principio *non bis in idem*, se interpreta en el sentido de que este elemento está implícito en el tipo, y por tanto se refiere a una infracción y un hecho nuevos, de por sí constitutivo de infracción grave por la propia lógica del tipo, a la que preceden, como elementos del mismo, las sanciones que en él se indican". Se dice también en el mismo fundamento, con el propósito de expresar esta interpretación en términos más claros, que "el tipo se refiere a una cuarta infracción grave, cuando han precedido las sanciones en él indicadas".

A mi juicio, esta interpretación, difícilmente cohonestable con los límites impuestos por el enunciado legal, no es necesaria, ya que el tipo disciplinario descrito en el artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986, entendido en su sentido gramatical y lógico, no quebranta el principio *non bis in idem*, implícitamente consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española.

Dice el precepto legal en cuestión que es falta muy grave "haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año". Una interpretación meramente gramatical permite entender que el período temporal —un año— está referido a las faltas graves cometidas —tres o más— y es que el espíritu y finalidad de esta norma es proteger un interés jurídico más intenso, de mayor entidad, que el tutelado con las sanciones impuestas por cada una de las faltas graves cometidas, que al haberse producido en un período de tiempo relativamente corto, son reveladoras en su conjunto de un mayor reproche.

No se trata, por tanto, de sancionar nuevamente cada una de las faltas graves cometidas, el tipo descrito en el artículo 27.3.*j)* de la LO 2/1986 no está construido sobre hechos acaecidos en el pasado, que en su individualidad ya fueron sancionados, sino sobre las sanciones impuestas por esos hechos apreciadas globalmente, en la doble dimensión material y temporal, tomada en cuenta por el legislador para integrar un tipo distinto de mayor gravedad por el "desvalor" superior que supone la acumulación de sanciones.

Para terminar, creo necesario decir que la interpretación, de la que respetuosamente disiento, no es consecuencia necesaria de la doctrina constitucional. Los criterios contenidos en la STC 270/1994 sobre el alcance del principio *non bis idem* se proyectan sobre dos preceptos distintos. A los efectos del caso interesa lo que en dicha resolución se dice a propósito del artículo 59.1 de la LORDFA —acumulación de notas desfavorables—, pues aquí estamos ante una falta muy grave de acumulación de sanciones por faltas graves (cometidas, además, en el período de un año), no lo que se razona respecto al artículo 59.3 de la LORDFA —conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar— y la doctrina que se sienta respecto al primero de estos preceptos (folio 7) permite llegar a la solución defendida en este voto particular.» *(Sentencia de 26 de septiembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7606.)*

B) *Prueba. Prueba de cargo. Tiene este valor la denuncia realizada por un empleado municipal posteriormente ratificada. Controladores de estacionamientos vigilados. Recurso de casación en interés de la Ley.*

«En las actuaciones de primera instancia origen del presente recurso de casación en interés de la ley, se impugnaron unas resoluciones del Ayuntamiento de Soria por las que se impusieron al recurrente en las referidas actuaciones diversas multas por estacionamiento indebido de un vehículo. La sentencia impugnada estimó el recurso contencioso-administrativo de que se trata anulando, por tanto, las antes indicadas resoluciones municipales. Para llegar a la conclusión que se acaba de indicar la Sala de instancia hizo referencia en sus razonamientos al contenido del artículo 73.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 marzo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, artículo el indicado que dispone, al referirse al procedimiento sancionador, que con carácter supletorio se aplicará el Título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo. Citó también la referida Sala el artículo 136 de dicha Ley de Procedimiento Administrativo, conforme al cual el instructor ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción. Y asimismo en la sentencia recurrida se expresa el contenido del artículo 76 del referido Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, conforme al cual las denuncias efectuadas por los Agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico harán fe, salvo prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin perjuicio del deber de aquéllos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado.

A lo expuesto en el fundamento anterior interesa añadir, por lo que respecta a la argumentación de la sentencia recurrida, que en ésta se cita la Sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 1 octubre 1991 (RJ 1991, 7639), en la que se dijo que el "controlador del Estacionamiento vigilado no tiene la consideración de agente de la autoridad y por ello su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular, y al no ser adverada por pruebas posteriores, no tiene fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados; por ello el acto de imposición de multa debe ser declarado no ajustado a derecho, por falta de prueba y anulado". Y en el fundamento cuarto de la sentencia impugnada en el recurso que ahora se analiza se dice: "En el presente caso, la denuncia está realizada por empleados de la empresa encargada de la prestación del servicio, sin que tengan la condición de agentes de la autoridad, por cuyo motivo, la denuncia debió ser adverada por otros medios de prueba, cosa no realizada por el Ayuntamiento sancionador, limitándose a una ratificación por parte de los denunciantes en su denuncia, ratificación que no tiene el valor de

una prueba testifical, sino simplemente el propio de la ratificación previsto en toda denuncia".

El Ayuntamiento recurrente considera errónea la doctrina sentada en el transcrito fundamento cuarto de la sentencia recurrida argumentando que al negar la Sala de instancia el carácter de prueba de cargo, y de prueba testifical, con independencia de su valoración, a la declaración de los denunciantes, "testigos presenciales" de los hechos, y anular la resolución sancionadora, vulnera el artículo 24.2 de la Constitución sobre la presunción de inocencia y alcance de esta última, con grave daño para el interés público que la Administración Municipal está obligada a tutelar.

De los antecedentes que han quedado indicados en los fundamentos anteriores resulta que la sentencia recurrida niega el carácter de prueba de cargo a la ratificación por los denunciantes, empleados de la empresa concesionaria del servicio de que se trata, en el contenido de las denuncias presentadas en relación con infracciones a la ordenanza reguladora del servicio de estacionamiento limitado. Tal como sostiene la parte recurrente, hay que entender que la referida doctrina es errónea toda vez que el denunciante que presencia un hecho ilícito, penal o administrativo, no deja de ser testigo por la circunstancia de poner los hechos (denunciar) a la autoridad competente. Por otro lado, preciso es tener en cuenta que una cosa es la calificación como prueba de cargo de la ratificación hecha por el denunciante respecto de la denuncia por él formulada, y otra distinta la valoración que pueda darse posteriormente a esa prueba. No puede, por ello, excluirse como prueba de cargo a la ratificación de los denunciantes en relación con los hechos de que se trate, sin perjuicio de la valoración que pueda hacerse de dicha prueba y de las demás que se hayan aportado a las actuaciones.

Afirma también la sentencia recurrida, en su fundamento quinto, que "A mayor abundamiento debe destacarse que efectivamente, para evitar que se le produzca indefensión al sancionado, es necesario que los medios de prueba se practiquen antes de dar traslado al infractor de la denuncia, para que de esa forma tenga pleno conocimiento de los hechos que se le imputan y de los medios de prueba empleados para su determinación. Pudiendo proponer, a su vez, los medios de prueba que le pueda interesar para desvirtuar los utilizados por la Administración, al no hacerlo así, se comete una infracción del procedimiento, que daría lugar, en su caso, a retrotraer las actuaciones administrativas a ese momento procedimental concreto".

Resulta de lo que se ha indicado en el fundamento anterior que conforme a la sentencia recurrida es necesario, en el procedimiento sancionador de referencia, que los medios de prueba de cargo se practiquen antes de dar traslado al infractor de la denuncia. Esta tesis, como se sostiene por el Ayuntamiento recurrente, hay que considerar que está en abierta contradicción con el procedimiento sancionador establecido en el antes referido Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico. Dice el artículo 79.1 del indicado Texto Articulado que "Los órganos competentes de la Jefatura Central de Tráfico y los Ayuntamientos serán los instructores del expediente y deberán notificar las denuncias, si no se hubiere hecho por el denunciante, al presunto infractor, concediéndole un plazo de quince días para que alegue cuanto considere conveniente a su defensa y proponga las pruebas que estime oportuno". Y el apartado 2 de este artículo dice asimismo que "De las alegaciones del denunciado se dará traslado al denunciante para que informe en el plazo de quince días". Y termina el artículo al que nos referimos diciendo, en su apartado 3, que "Transcurridos los plazos señalados en los números anteriores, a la vista de lo alegado y probado por el denunciante y el denunciado y tras la eventual práctica de la prueba y ulterior audiencia a los interesados, en los casos en que ello fuera estrictamente necesario para la averiguación y calificación de los hechos, se dictará la resolución que proceda". Del contenido del artículo acabado de transcribir claramente resulta que presentada la denuncia, se notifica ésta al presunto infractor para alegaciones y proposición de las pruebas que estime oportunas, así como que tras el traslado al denunciante para informe y la práctica de las pruebas que se hayan propuesto, se dicta la resolución que pone fin al procedimiento. No aparece, por tanto, del contenido del

expresado artículo que tengan que practicarse las pruebas de cargo con anterioridad a la notificación de la denuncia de que se trate.

Dado lo expuesto en los anteriores fundamentos, procede dictar un fallo estimatorio del recurso planteado fijando la doctrina legal que luego se indicará. Como la doctrina legal que se fija en un recurso de casación en interés de la ley forzosamente debe referirse al supuesto enjuiciado por la sentencia impugnada y ser, por tanto, congruente con los hechos que dicha sentencia declara como probados, en el presente caso, si bien la doctrina legal que se va a declarar no coincide exactamente con la que se propone por la parte recurrente, los términos en que aquélla se fija, vinculados a los hechos que la sentencia recurrida estima acreditados, suponen sustancialmente estimar la pretensión ejercitada en las presentes actuaciones. Por otro lado, el indicado fallo estimatorio del recurso viene también impuesto por la circunstancia de que la doctrina sentada por la sentencia recurrida supone un grave daño a los intereses públicos que la Administración Municipal está obligada a tutelar por la incidencia negativa que supone para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en la materia de que se trata.» *(Sentencia de 4 de octubre de 1996, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7413.)*

XI. SERVICIO PÚBLICO

Relación concesionario-usuario. Facturación excesiva de tarifa eléctrica y poderes de la Administración. No se admite la derogación singular de la norma reclamada por la empresa suministradora en base a la peculiaridad del caso concreto.

«Con motivo de las denuncias respectivamente presentadas ante la Oficina Municipal de Información del Consumo del Ayuntamiento de Huelva por un industrial feriante y una Asociación de Industriales Feriantes, la Administración competente —a la que aquella oficina trasladó las denuncias— procedió a comparar los términos de la póliza concertada —que obra en el expediente administrativo— y lo efectivamente facturado y pagado —pues las denuncias se formularon después de haber hecho efectivo el importe de los recibos girados por la empresa suministradora—. La comparación puso de manifiesto, por una parte, la incorrecta aplicación del término de potencia —se había cobrado un mes cuando sólo se debían cobrar seis días— y, por otra, una indebida facturación del término energía —por más horas de funcionamiento que las que la Administración comprobó—. La comprobación de tales hechos dio lugar a que la Delegación Provincial (Huelva) de la Consejería de Economía e Industria (de la Junta de Andalucía) determinase la cantidad que debía satisfacer el denunciante a la compañía suministradora, con la obligación por parte de ésta de devolver lo cobrado de más. El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa suministradora contra tal acto y la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada entablado contra el mismo concluyó con la sentencia que es objeto del presente recurso de apelación. Teniendo en cuenta que los actos administrativos cuantifican la cantidad exigible (límite de lo que la empresa suministradora puede reclamar y de lo que el usuario debe abonar) en menos de 500.000 ptas., el recurso de apelación no debió ser admitido. Esta circunstancia, que en otra fase procesal habría dado lugar a la inadmisión del recurso, constituye ahora fundamento de su desestimación. No obstante, para no dejar tema alguno sin tratar, a continuación analizamos los planteados en el escrito de alegaciones.

Desde un punto de vista formal, primero debemos examinar la competencia de la Administración para adoptar los acuerdos impugnados, pues tanto en la instancia

como de nuevo en la apelación, la recurrente sostiene que la Administración ha invadido atribuciones que corresponden a los órganos jurisdiccionales del orden civil. A continuación hemos de abordar la también alegada indefensión en que, según la apelante, la Administración ha dejado a la compañía suministradora. La competencia de la Administración para verificar si la facturación girada es o no conforme a Derecho resulta del artículo 2 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas, en el que, tras poner bajo la garantía de la intervención de los órganos competentes la seguridad y los intereses de los consumidores de energía eléctrica, específicamente encomienda a aquellos órganos vigilar "la equidad en las facturaciones". Manifestaciones de esa legítima intervención administrativa las encontramos también en el artículo 76, párrafo último, de idéntico Reglamento y en la segunda de las Condiciones Generales de la Póliza de Abono (en la nueva redacción aprobada por Real Decreto 1725/1984, de 18 julio). La Administración ha actuado dentro de su competencia, sin invadir atribuciones jurisdiccionales. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha enjuiciado la conformidad a Derecho de los actos administrativos impugnados. Corresponde al orden jurisdiccional civil el conocimiento de las eventuales pretensiones sobre la reclamación de lo adeudado. Mantenemos así una reiterada jurisprudencia contenida, entre otras, en la reciente Sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 noviembre 1996 (RJ 1996, 8351). En cuanto a la indefensión, baste resaltar que el acto originario fue dictado después de que la recurrente formulase las alegaciones que consideró procedentes. Tuvo oportunidad —y la ejerció exhaustivamente— de exponer sus razones. Después, tras la notificación del acuerdo, entabló recurso de alzada. Contra su desestimación presunta dedujo recurso contencioso-administrativo. Todos los derechos que pertenecen al núcleo esencial del artículo 24 de la CE han sido respetados. La audiencia de los interesados que el artículo *105.c)* de la CE garantiza se ha observado igualmente.

Para justificar las diferencias existentes entre lo que la Administración, en aplicación de las previsiones contenidas en el punto 8 de la Orden Ministerial 14 octubre 1983, que desarrolla el Real Decreto 2660/1983, de 13 octubre, considera exigible por el consumo efectuado y lo efectivamente girado y cobrado, la compañía suministradora invoca determinadas actuaciones, que califica de fraudulentas, del feriante denunciante. Se trata, afirma, de una actuación frecuente entre los explotadores de tal tipo de atracciones feriales, a la que las compañías suministradoras difícilmente pueden hacer frente dado el escaso tiempo de vida del contrato —los pocos días que dura la feria—, la "impensable posibilidad del corte de suministro en caso de incumplimiento por el usuario" y la "carencia de equipos de medida verificados y con maxímetros". Por ello, ya en el recurso de alzada, ahora en sus alegaciones, alega que "viene siendo práctica general la fijación por la Administración de unas condiciones de aplicación excepcionales de tarifa a tanto alzado a instalaciones provisionales de feria, como las que estableció la Delegación Provincial de Huelva en 1978 y las aprobadas por el Servicio Territorial de Sevilla de esa Consejería a instancia de la 'Compañía Sevillana de Electricidad, S.A.', de 2 de abril de 1985". Estas son las razones que llevan al apelante a sostener que la facturación girada fue "justa" y ajustada a "las imposiciones de la realidad".

La Sala no puede examinar en este recurso de apelación la conformidad a Derecho de "esas autorizaciones para la aplicación excepcional de tarifas a tanto alzado en las instalaciones provisionales de feria" a que acabamos de hacer referencia, aprobadas por los órganos citados. Examinar su contenido constituiría una desviación procesal. Al margen, pues, de tal alegación, lo que desde luego no cabe admitir es que se considere "justo" lo que es contrario a Derecho. Acierta la sentencia de instancia —a la que no cabe tachar de falta de realismo, ni de prescindir de todos los presupuestos de hecho que debe ponderar el juicio de legalidad que lleva a cabo— cuando señala la existencia de otros mecanismos legales a través de los cuales pueden las compañías suministradoras afrontar aquellos comportamientos de los usuarios —especialmente cuando son conocidamente reiterados, según se afirma— del servicio de suministro eléctrico que lesionen sus intereses legítimos. Entre tales se

encuentran, desde luego, los previstos en el artículo 60 del RVE y en las Condiciones Generales de la Póliza de Abono 3.ª y 27.ª, párrafo 2.º. La tesis que sostiene el recurso implica, lisa y llanamente, una derogación singular de la norma reglamentaria, lo que prohíbe el artículo 30 de la LRJAE, precepto que reitera el artículo 52, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En tanto no se produzca la modificación de la norma, la disposición general debe ser aplicada en sus propios términos. De acuerdo con tan incuestionable criterio legal, no cabe girar una facturación que no se atiene a la norma aplicable, y que se basa en unos presupuestos de hecho que la propia empresa suministradora ha fijado unilateralmente, en contra de los términos de la póliza de abono.» *(Sentencia de 24 de enero de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 91.)*

XII. URBANISMO

Urbanismo y Ordenación del Territorio. Obra que excede del puro ámbito urbanístico. Exención de licencia y autorización urbanística. Abastecimiento de agua y mejora y ampliación de regadíos.

«Se impugna en este recurso de apelación la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) dictó en fecha 12 julio 1991, y en su recurso número 62/1990, por medio de la cual se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador señor M. G., en nombre y representación del Ayundamiento de Nerja (Málaga) contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga de fecha 18 junio 1989 (confirmado presuntamente en reposición) por el cual, y de conformidad con lo establecido en los artículos 43.3 de la Ley del Suelo y 44.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, se concedió la aprobación definitiva al expediente de "Proyecto de Conducción de Agua para Abastecimiento de la Costa del Sol Oriental, provincias de Málaga y Granada", promovido por la Dirección General de Obras Hidráulicas.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo con base en el argumento principal de que las obras que se pretenden realizar son de utilidad pública e interés social, y, en consecuencia, pueden ser autorizadas en suelo no urbanizable (como lo fueron en el acto impugnado) por la vía del artículo 85.2.º.1.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo, e incluso en suelo no urbanizable especialmente protegido, visto el informe de la Agencia del Medio Ambiente y la falta de atractivo especial que paisajísticamente tiene la zona.

Frente a esa sentencia ha formulado recurso de apelación el Ayuntamiento de Nerja, en el cual insiste en sus argumentos de instancia, a saber, que el acto impugnado infringe (se dice ahora en apelación, repitiendo parte de la argumentación esgrimida en la primera instancia) determinados preceptos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Nerja y del Plan Especial de Protección del Medio Físico y Catálogo de Bienes Protegidos de la Provincia de Málaga.

El proyecto de que se trata, como su propio nombre indica ("Proyecto de Conducción de Agua para el Abastecimiento de la Costa del Sol Oriental, provincias de Málaga y Granada"), es una obra que excede del puro ámbito urbanístico y se acerca más al de la "ordenación del territorio". En tales casos, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha venido eximiendo de la necesidad de licencia y autorizaciones urbanísticas, diferenciando ese concepto del de "ordenación urbanística", que es el ámbito en el que se mueve propiamente el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 abril 1976 (Sentencias de 3 diciembre 1982 [RJ 1982, 7774], 20 febrero 1984 [RJ 1984, 1078], 28 mayo 1986 [RJ 1986, 4471], 17 julio y 30 noviem-

bre 1978 [RJ 1987, 7524 y 7297], 28 septiembre 1990 [RJ 1990, 7297], 17 mayo 1993 [RJ 1993, 3488] y 11 octubre 1994 [RJ 1994, 7810]). El proyecto en cuestión está incluido en el "Plan de Aprovechamiento Integral de los Ríos de la Miel, Jate y Verde", aprobado en marzo de 1960 por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para abastecimiento de agua y mejora y ampliación de los regadíos, afectando a la Costa del Sol oriental. (Esta naturaleza de la obra como no propiamente urbanística, sino de ordenación del territorio, ya fue puesta de manifiesto por la Junta de Andalucía al final del informe fechado en 27 de julio de 1989.)» *(Sentencia de 5 de marzo de 1997, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1662.)*

XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Legitimación. Necesidad de acreditar un interés o relación con el objeto del proceso. Se niega legitimación a una entidad ecologista que impugna genéricamente las actuaciones del Consejo de Seguridad Nuclear.*

«La Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza (AEDENAT) interpuso recurso contencioso-administrativo contra todos los Acuerdos adoptados por el Consejo de Seguridad Nuclear desde el día 24 de octubre de 1990 hasta el día 4 de diciembre de 1991, si bien en la demanda extendió la impugnación a los acuerdos adoptados hasta el día 22 de enero de 1993.

1. En su demanda y en su escrito de conclusiones, la parte actora pretende lo siguiente: la anulación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad Nuclear, dictadas entre las fechas 24 de octubre de 1990 y 22 de enero de 1993, en el supuesto de que las mismas se hubieren dictado con intervención y por el efecto del voto del Consejero don Eduardo G. G. La parte actora, que no individualiza los actos administrativos que impugna, ni alega que los mismos se dictaran en contra de los intereses que el ordenamiento jurídico y sus Estatutos le encomiendan defender (protección del medio ambiente, en su sentido propio), defiende, sin embargo, que los actos que impugna adolecen del vicio de nulidad radical [art. 47.1.*a)* y *c)* de la LPA]. Además de la nulidad de dichos actos, la parte demandante solicita que, en su caso, se declare que las retribuciones que don Eduardo G. G. hubiere recibido en el período de tiempo consignado, se declaren indebidas y se ordene el reintegro de las mismas.

2. Aunque la parte actora, en su demanda, solicitó el recibimiento del pleito a prueba, no indicó los puntos de hecho que debían ser objeto de prueba, puesto que se limitó a decir que la prueba "consiste en el expediente administrativo que ya obra en autos". Como quiera que la actora formalizó, en tiempo y forma, su demanda y no hizo uso de la facultad que el artículo 70 de la LJCA confiere a las partes, quiere ello decir que el expediente administrativo remitido por la Administración está completo. El dato resulta relevante al momento de dictar sentencia: para resolver el presente recurso contencioso-administrativo debemos, pues, estar a las alegaciones formuladas por las partes en base al expediente administrativo, sin que quepa salirse de los límites que las propias partes han establecido.

Es necesario resolver, en primer lugar, el alegato del Abogado del Estado que defiende que la asociación recurrente carece de *legitimación*, por entender que la misma sólo puede impugnar aquellos actos que puedan ser atentatorios contra el medio ambiente. El análisis de la cuestión planteada por el Abogado del Estado, teniendo en cuenta los alegatos de éste y los de la parte recurrente, nos obliga a hacer las siguientes consideraciones:

a) Expresa la doctrina científica más autorizada que la titularidad de derechos subjetivos típicos se erige en requisito previo de legitimación para poder acudir al proceso a fin de obtener la tutela judicial efectiva de aquellos derechos: por ello, los procesalistas resaltan que la legitimación es la cuestión procesal más íntimamente ligada con el Derecho material.

b) La legitimación, en cuanto es expresión de la aptitud de una persona —física o jurídica— para ser demandante en un proceso determinado, permite al actor concretar las razones por las que deba ser considerado sujeto de la relación procesal.

c) Teniendo en cuenta las dos consideraciones anteriores, y la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el concepto legitimación en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo (que distingue entre interés legítimo; interés directo; intereses colectivos o difusos, y el mero interés por la legalidad), para resolver la cuestión alegada por el Abogado del Estado, debemos consignar la idea explicitada por la representación procesal de la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza (AEDENAT) en el Segundo Otrosí de la demanda, que es la siguiente: que el presente recurso contencioso-administrativo lo interpuso la parte actora, "con la única intención de que en ámbitos tan necesitados de transparencia y seguridad (se está refiriendo a la actividad administrativa del Consejo de Seguridad Nuclear) se cumpla escrupulosamente el ordenamiento vigente".

d) Teniendo en cuenta, pues, en su debida consideración, lo razonado por la demandante en sus escritos de alegaciones vertidos en este proceso, llegamos a la conclusión, tras la correspondiente deliberación, de que la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza (AEDENAT), carece de legitimación, dado que únicamente cabría considerarla legitimada en el supuesto de que hubiere concretado, de manera clara e individualizada, el acto o actos administrativos que hubieren podido incidir sobre la naturaleza y el medio ambiente. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 mayo 1985 (RJ 1985, 2943) explicó, razonadamente, que la legitimación exige que los demandantes "estén revestidos de una cualificación específica, es decir, de una especial relación con el objeto del proceso que viene concretada, al menos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28.*a)* de la Ley Jurisdiccional, en la titularidad de un interés directo, personal y legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que se dicte, interés que existe siempre que pueda suponerse que la declaración jurídica preconizada colocaría a los recurrentes en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso, de índole moral...".

No basta, pues, un mero interés por la legalidad, sino que, al menos, en casos como el que resolvemos, es necesario que esté ante actos administrativos bien definidos y concretados, en los que sea evidente la presencia de intereses colectivos o difusos, por la incidencia que aquellos actos administrativos hubieran podido tener en la naturaleza o en el medio ambiente. No siendo ello así, en el caso que resolvemos, procede que estimemos la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo [art. 82.*c)*, en relación con el art. 28 de la Ley Jurisdiccional], alegada por el Abogado del Estado.

Al estimarse el alegato referido al Abogado del Estado, y teniendo que declarar que el recurso contencioso-administrativo que nos ocupa es inadmisible, no podemos entrar a decidir la cuestión de fondo de este litigio, por faltar en la parte actora el presupuesto esencial de legitimación.» *(Sentencia de 22 de noviembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 8098.)*

B) *Recurso de casación.*

1. *Resoluciones contra las que procede. Frente a Autos que resuelven sobre la ejecución provisional de Sentencias no firmes, pendientes de recurso de casación. Procedencia. Votos particulares.*

«La cuestión que plantea el presente recurso de queja ha sido resuelta por diversas Resoluciones de la Sala (Autos de 11 marzo 1994 [RJ 1994, 2431] y de 2 noviembre 1995 [RJ 1995, 8447], entre otros) en el sentido de entender que cabe recurso de casación contra las resoluciones que acuerdan la ejecución provisional de las sentencias recurridas en casación, considerando comprendido dicho recurso en los supuestos previstos en el artículo 94.1.*c)* de la LJCA. Entiende dicha doctrina que el sentido correcto del artículo 94.1.*c)* de la LJCA debe determinarse *ex constitutione:* interpretación que, conforme a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al sistema de recursos establecidos, lleva a no extender la improcedencia del recurso de casación, en base a una presunta laguna legal, a supuestos que lógicamente deben entenderse incluidos en su ámbito con el fin de no frustrar las exigencias de dicho derecho fundamental, especialmente cuando todavía el sistema contencioso-administrativo se configura como de instancia única. En aplicación de este criterio de interpretación favorable a la viabilidad del recurso, la Sala no puede compartir ni la fundamentación ni la conclusión denegatoria a que llega el Auto recurrido en la presente queja, sino que, por el contrario, la resolución que acuerda la ejecución provisional de la Sentencia recurrida en casación debe entenderse comprendida en los supuestos previstos en el artículo 94.1.*c)* de la LJCA, ya que si la "contradicción con la ejecutoria" es la *ratio* de la posibilidad del recurso de casación, es lógico que esa condición se cumpla cuando una resolución manda ejecutar lo que sólo sería ejecutable provisionalmente y cumplidos los requisitos aplicables, siempre que resuelva cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia recurrida, de cuya ejecución se trata, o contradiga lo decidido en tal sentencia; y que si pueden acceder a la casación las resoluciones que al ejecutar una sentencia pueden contradecirla, con mayor razón deben entenderse recurribles, por dicho motivo, las resoluciones que deciden sobre la ejecución misma de sentencias no firmes que están pendientes de casación y, por tanto, sin ejecutoria en el sentido estricto, aunque no único, a que aluden los artículos 245.4 LOPJ y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La interpretación del artículo 94.1.*c)* de la LJCA que se acaba de ofrecer, que considera susceptible de casación la resolución cuestionada, se conforma a los principios constitucionales y, en modo alguno, supone una indebida extensión de la casación a ámbitos no previstos en la Ley, sino que se trata de un supuesto específico de tanta trascendencia como es la resolución que acuerda la ejecución de sentencia recurrida en casación, y en este sentido ejecutoria, que debe entenderse lógica y teleológicamente incluido en dicho precepto.

Los razonamientos expuestos conducen a la estimación del presente recurso de queja sin que, conforme al artículo 131 LJCA, se aprecien motivos para un especial pronunciamiento sobre costas.»

VOTO PARTICULAR

«El recurso de casación contencioso-administrativo es limitado, y sólo procede respecto de las sentencias que expresa el artículo 93 de la LJCA y, excepcionalmente, respecto de los autos que enumera el artículo 94.1 de la misma Ley Reguladora de este Orden de Jurisdicción.

La Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, ha admitido la figura del recurso de casación en ejecución de sentencia [art. 94.1.*c)* de

la LJCA], pero sólo respecto de sentencias firmes y por los motivos de que contradigan cuestiones no decididas directa o indirectamente en aquéllas o contradigan lo ejecutoriado. Se trata de un recurso en el que prima el *ius litigatoris* sobre la función esencial de la casación de asegurar la observancia estricta de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes en su aplicación, pero que se considera necesario para evitar contradicciones entre la ejecutoria y lo ejecutoriado, que atentarían a los derechos de las partes y harían perder su valor a la casación misma.

La Ley no ha contemplado en forma expresa, en cambio, la posibilidad de que puedan ser recurridas en casación resoluciones interlocutorias como la que aquí se examina, que acuerdan la ejecución provisional, a instancia de parte, de una sentencia recurrida en casación. La admisión de recursos de casación frente a resoluciones interlocutorias se ha de interpretar siempre en forma restrictiva, máxime cuando —como ocurre en el presente caso— la Ley no lo admite en forma expresa (art. 1687.4 de la LECiv interpretado, *a sensu contrario*, en relación con la disposición adicional 6 de la LJCA) sin que pueda entenderse que una lectura expansiva de la Constitución permita arbitrar nuevos recursos no previstos por el legislador constitucional, cuando una jurisprudencia muy reiterada del Tribunal Constitucional (últimamente Sentencia 50/1994, de 1 de febrero) viene a afirmar que los recursos jurisdiccionales son de configuración legal, correspondiendo al legislador organizar el recurso de casación conforme a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos.

Por último, la admisión de la casación frente a resoluciones como la que aquí se examina abre esta vía extraordinaria en forma genérica, por motivos no especificados en norma alguna y que se desconocen —recuérdese el criterio jurisprudencial mayoritario constantemente seguido en esta misma Sala que ha considerado innecesario expresar los motivos en el escrito de preparación del recurso de casación, por lo que se desemboca en contradicción con lo establecido en el artículo 98.1 y 2 de la LJCA, privando a la Sala *a quo* de su potestad de ejecutar provisionalmente, a instancia de parte, y con las cauciones o garantías adecuadas, la sentencia recurrida en casación.

Es de entender, por lo expuesto, que el Auto dictado por la Sala de Burgos el 1 de enero de 1994, en incidente de ejecución provisional de una sentencia recurrida en casación ante este Tribunal Supremo, es conforme a Derecho, por lo que procede desestimar la queja y confirmar la resolución impugnada, siguiendo el criterio correcto que ya expresó un Auto de esta misma Sala y Sección de 7 febrero 1995. Sin costas.» *(Auto de 24 de septiembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6791.)*

2. *Casación en interés de la ley. Inadmisión por afectar exclusivamente a legislación autonómica. Voto particular.*

«El artículo 102.*b)*.2 de la Ley Jurisdiccional forma parte de un grupo normativo en el que también se integran los artículos 58.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 93.4 y 96.2 de la Ley Jurisdiccional. El artículo 58.4 citado excluye del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo los que se refieran a sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sobre actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas y que se funden en infracción de normas emanadas de los órganos de aquéllas. Para cumplir esta previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley 10/1992, de 30 abril, introdujo en la Ley Jurisdiccional, entre otras, las modificaciones que cristalizan en los artículos 93.4, 96.2 y 102.*b)*.2.

Las diferencias existentes entre este último (referente al recurso de casación en interés de ley) y los dos anteriores (relativos al recurso de casación ordinario) parecen obedecer a la diferente legitimación activa que en uno y otro caso se exige y a los distintos efectos que la estimación del recurso produce en la sentencia impugnada. En todo caso, es razonable entender que las excepciones establecidas en cuanto a la procedencia del recurso de casación en interés de ley responden al propósito legislativo de encomendar, en el orden contencioso-administrativo, a las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas, la determinación de la interpretación auténtica del derecho de procedencia autonómica.

Abordando ahora el supuesto controvertido pasemos a examinar si la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra la que la representación procesal del Ayuntamiento de Martorelles —con la legitimación que le reconoce el artículo 102.*b)*.1 de la Ley Jurisdiccional— ha interpuesto recurso de casación en interés de ley es o no susceptible de tal. Para ello, lo primero a resaltar es que en la sentencia de instancia está implícita la idea de que la Ley 16/1991, de 10 julio, del Parlamento de Cataluña, sobre Policías Locales, se mueve dentro del ámbito que la Constitución (art. 149.1.2.9.ª) y la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, reconoce a las Comunidades Autónomas para la regulación de las Policías Locales de su territorio. En concreto, dicha Ley autonómica forma parte de la legislación autonómica a que se refiere el artículo 51.1 de la Ley 2/1986, y en su artículo 13 determina, en armonía con la previsión del artículo 51.2 de la misma Ley estatal, "las actuaciones" que, en los municipios que no dispongan de Policía Local, pueden ser ejercidas por los "guardias, vigilantes, agentes, alguaciles o similares", personal que, según el artículo 1.2 de la Ley 16/1991, recibe, en el ámbito de Cataluña, la denominación genérica de "vigilantes". Por otra parte, también la sentencia estima que el artículo 13 de la Ley 16/1991 "pormenoriza" más que la estatal los cometidos que pueden ser relizados por dicho personal, y al poner en comparación tal precepto de la Ley autonómica con la Circular número 1/1992 del Ayuntamiento recurrente sobre "las funciones de los auxiliares de la Policía Local", llega a la conclusión de que la Circular vulnera el artículo 13 porque "se extralimita en las funciones que encomienda a los auxiliares", siendo esta vulneración por extralimitación la determinante del fallo anulatorio. La invocación a la Ley estatal (dice la sentencia que el artículo 13 es "fiel reflejo" del artículo 51 de la Ley 2/1986, de 13 marzo) es sólo a los efectos de afirmar que la Ley autonómica no se aparta del contenido necesario de la Ley estatal, que refleja fielmente. El contenido normativo del artículo 51.2 de la Ley 2/1986 no es sobre el que se hace el juicio de legalidad, ni sobre el que se verifica el contraste entre circular y ley. Con otras palabras, no es la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado el elemento de comparación que la sentencia utiliza para basar su pronunciamiento. En el razonamiento judicial, la nulidad de la circular viene básicamente (cabría decir en este caso exclusivamente) de su comparación con la Ley catalana, más específica y detallada (más pormenorizada, en términos de la sentencia) que la Ley estatal. El principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 de la Constitución Española y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) se viola porque la circular no respeta el artículo 13 de la Ley catalana. Esta y no otra es la clave del pronunciamiento anulatorio.

En estas circunstancias, parece claro que, sin necesidad de examinar otras cuestiones, el recurso de casación en interés de la ley no puede ser admitido por haberse interpuesto contra una sentencia que funda básicamente su fallo en la Ley catalana de Policía Local, cuyo artículo 13 es vulnerado por la circular anulada, todo lo cual procede declarar sin expresa condena en costas.»

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. señor don Enrique Cáncer Lalanne, al que se adhiere, en esencia, el Excmo. señor don Mariano de Oro Pulido y López, a la Sentencia de fecha 30 septiembre 1996, recaída en el recurso de casación en interés de la Ley número 6565/1994.

«Nada tiene que objetar de la opinión mayoritaria acerca de las consideraciones abstractas que se hacen en la sentencia sobre la no susceptibilidad de recurso de casación en interés de la ley de las que proceden de los Tribunales Superiores en las que, o bien el fallo se funda exclusivamente en derecho autonómico, o bien aunque se hayan invocado normas de ámbito más amplio, sea identificable que la razón preponderante y con relevancia superior a las demás, si bien no única del fallo, lo haya sido la normativa autonómica (fundamento legal 1.º). Tampoco se hacen objeciones a la afirmación de que el grupo normativo que regula el recurso de casación en interés de la ley, conduce a la conclusión de que en el orden contencioso-administrativo, corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades Autónomas, la determinación e interpretación auténtica del derecho de procedencia autonómica. La razón del voto particular está en la aplicación al caso concreto de esa doctrina general, que, hay que insistir, en su formulación abstracta se considera irreprochable. Y es que, en opinión de este Magistrado, el protagonismo de la normativa estatal y, lo que es más, de la Constitución ha ido, en el caso que era objeto de la sentencia, mucho más allá del que se dice por la mayoría. No hay sino leer los folios 81 a 90 de los autos de la primera instancia en que se contiene la contestación a la demanda para poder observar que el juicio de comparación que se establece entre el artículo 13 de la Ley de Policía Local de Cataluña (Ley autonómica) y el artículo 51.2 de la Ley estatal Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad es mucho más intenso que el de una confrontación para coordinar su aplicación, como da a entender la sentencia de cuya redacción se discrepa, que deja la preponderancia o relevancia para el fallo a la norma utonómica, dado que en la contestación a la demanda el Ayuntamiento de Martorelles sostiene esencialmente, como una de las alternativas de su oposición, que, en cualquier caso, la circular sobre atribuciones de los vigilantes o auxiliares de policía de esa localidad se mantendría dentro de la legalidad aunque desbordase las previsiones del artículo 13 de la Ley de Policía Local catalana, porque encontraría, según la interpretación municipal, su apoyo en el artículo 51.2 de la Ley estatal de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que, según el Ayuntamiento y de conformidad no sólo con el artículo 149.1.29 de la Constitución que cita el texto de la sentencia mayoritaria, sino con los artículos 148.1.22, 149.1.18 y artículos 9.º.8 y 13.3 del Estatuto catalán, por razón de prevalencia e imperativo constitucional y conforme al artículo 149.3 CE, habría de preponderar, excluyendo la aplicabilidad de la normativa autonómica. Y ello hasta el punto que, después de exponer esa misma fundamentación en el escrito de interposición de la casación, folios 9, 11, 12, 13 y 18, la Corporación, ya ante este Alto Tribunal, en la súplica de la casación, al concretar las peticiones de fijación de doctrina legal, después de referirse a una declaración relativa a cuáles deben ser, en su opinión, las funciones de los vigilantes en los municipios catalanes que no dispongan de policía local, pide concretamente que también se establezca como doctrina legal "que en caso de conflicto entre una norma autonómica y el artículo 51.2 Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, deberá prevalecer este último, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE...". Es decir, que para que se pudiera convertir al artículo 13 de la Ley autonómica catalana de Policía Local, en razón preponderante aunque no única del fallo, se hacía necesario, en primer término, decidir si esa norma era o no la aplicable, pues de no serlo habría que estar exclusivamente al artículo 51.2 de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Se trataba, pues, en opinión de este discrepante,

de un inexorable juicio sobre la validez de la norma autonómica, a realizar a la vista no sólo del artículo 51.1 y 2 Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, sino también de los artículos 9.º.8 y 13.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y artículos 148.1.22, 149.1.18 y 29 de la Constitución Española, que, aunque lo fuera de un modo indirecto, condicionaban esencialmente el fallo. Y ese juicio aparece realizado incluso en el texto fundamentador de la sentencia cuestionada, si bien lo resuelva en sentido favorable a la validez del artículo 13 de la Ley autonómica, que según dice "es fiel reflejo de lo dispuesto en el artículo 51.1 —*sic*—, si bien aquél pormenoriza algo más el contenido de este último precepto". De ahí que, en definitiva, el Tribunal Superior, como no ve obstáculo a la validez de la normativa autonómica, la aplica para decidir. Sin que, obviamente, sea razón para que pueda darse sentido preponderante a la norma autonómica el hecho de que el juicio sobre su validez, por comparación con la normativa estatal, se exprese formalmente en la parte final de la sentencia.

En conclusión, sobre estos particulares, en opinión de este discrepante, el parecer mayoritario de la Sección deja al Tribunal Superior la elección de su normativa a aplicar, como determinante o más relevante del fallo, en los casos en que, como ocurrió en el que se resuelve, se planteen como alternativas una norma autonómica y frente a ella otra estatal, que se alegue con el respaldo de la Constitución, y como determinante de la posible invalidez de aquélla; posición de la que se disiente, al suponer en definitiva la posición mayoritaria, en opinión del discrepante, una disminución de las potestades al respecto de este Tribunal Supremo, que por imperativo constitucional ha de unificar la aplicación de la normativa estatal en todo el ámbito nacional español, que es meramente autonómico y no federal.

Siguiendo el orden de la argumentación que se mantiene debió entrarse a conocer, al menos, de ese problema que se suscitaba como primario y determinante de la elección de la norma a aplicar para poder decidir sobre la circular impugnada, pues no se constataban en las actuaciones otros motivos que pudieran llevar a la inadmisibilidad del recurso de casación en interés de la ley que se suscitaba, visto que aparecían cumplidos los requisitos formales del plazo, legitimación del recurrente e inimpugnabilidad de la sentencia por vía de casación ordinaria, al referirse a un asunto de personal; e incluso el de potencialidad de gravedad del daño para el interés general, si se consideraba incorrecta la tesis de la sentencia de que los vigilantes, en los municipios sin policía local, podían ejercer menos funciones que las que legalmente se atribuyen a la policía local. Lo que no quiere decir que debió estimarse el recurso, pues no cabía considerar errónea la tesis esencial de la sentencia, ya que es conforme a derecho la argumentación que en forma tan sintética se contiene en su fundamento tercero, al final, respecto a que no hay contradicción entre el precepto estatal —art. 51.2 Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado— y el autonómico —art. 13 LPL catalana—, sino que son compatibles y, por consiguiente, válido el autonómico cuestionado, dado que los artículos 148.1.22 y 149.1.18 CE (éste aplicable al caso al ser los policías y vigilantes funcionarios locales) atribuyen a Cataluña competencias que han sido asumidas a través de los artículos 9.º.8 y 13.3 de su Estatuto autonómico, y que se extienden no sólo a la coordinación, sino incluso para ejercer sobre la policía local "las demás facultades" del artículo 148.1.22 CE, que también le pertenecen al ser aquellos policías de seguridad funcionarios locales; lo que explica que la exposición de motivos de la Ley de Policía Local catalana, a que se viene aludiendo, 16/1991, haga referencia como marco normativo del que surge a los citados preceptos constitucionales y autonómicos, y también a la legislación específica local, tanto autonómica como estatal, con expresa referencia a que éstas —art. 25 Ley Bases Régimen Local, 7/1985— otorgan a los municipios competencias propias en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico y protección civil (párrafo último, inciso I, de la Exposición de Motivos de la Ley catalana de Policía Local), y que el artículo 51.1 LOCFS, estatal, también se refiere a la Ley del Régimen Local, al regular las competencias municipales para creación de policías de seguridad, y que sobre funciones de la policía lo-

cal, dentro del Texto Refundido de la normativa estatal sobre régimen local, Decreto Legislativo 781/1986, exista el artículo 173, básico conforme a su Disposición Final 7.ª.1.*b)*, que al regular esa materia remita a la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, atribuyéndole a esa regulación, por consiguiente, el carácter, además de orgánico, de básico, en el sentido del artículo 149.1.18 de la Constitución. De modo que si la Comunidad Autónoma de Cataluña tenía potestades para, incluso en materia de policía de seguridad local, desarrollar, adaptando a sus peculiaridades las previsiones no sólo orgánicas, sino también básicas de los preceptos estatales citados, deba llegarse a la conclusión de que el artículo 13 de la Ley de Policía Local de Cataluña podía, de modo constitucionalmente válido, fijar las funciones de los vigilantes, en las localidades en que no existía policía local, en forma más limitada que las que se atribuye a la policía local. Máxime cuando con esa limitación no se aprecia contradicción esencial entre ese artículo 13 de la LPL catalana y el artículo 51.2 Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, estatal, cuyo contenido actuaba como común denominador —art. 149.1.18 CE— de ineludible respeto, pues fundamentalmente aquél se ajusta a éste, que al hablar de los vigilantes respecto de localidades sin policía local, y actividades a ejercer por los primeros, utiliza la expresión "cometidos", y no funciones, o por la propia dimensión objetiva de las que en este precepto —art. 51.2 Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado— se citan ahora sí como "funciones" de los vigilantes cuando coexisten como policía local (limitadas a las de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones), o incluso por el propio carácter de policía sin armas de los vigilantes, que hace inadecuados que se les puedan encomendar cometidos de la policía local, que presuponen la posibilidad del uso de las armas.

En definitiva, debió entrarse a conocer del recurso de casación en interés de la ley, pues no se daba la inadmisibilidad fundada en la aplicación preponderante y decisiva de la normativa autonómica, sobre la que no cabrá entrar sino después de decidir sobre la validez de la misma a la vista de unos concretos preceptos legales y constitucionales invocados en juicio, y a pesar de tal admisibilidad, declarar la improcedencia de la casación, por no ser errónea la doctrina establecida en la sentencia acerca de que en los municipios en que no exista policía local, es constitucionalmente legítimo que no se atribuyan a los vigilantes todos los cometidos legalmente previstos para la policía local.» *(Sentencia de 30 de septiembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6668.)*

3. *Representación de las Comunidades Autónomas. Se modifica la doctrina anterior y se admite la representación mediante Letrado designado por la Comunidad Autónoma.*

«Esta Sala ha venido entendiendo que el artículo 97.1 LJCA era norma especial, respecto al artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para determinar la regla aplicable a la representación y defensa de las Comunidades Autónomas en el recurso de casación contencioso-administrativo, atendiendo, además, a la *ratio legis* de dicho precepto justificado en la necesidad de facilitar la comunicación del Tribunal de Casación con las partes. Ahora bien, sin desconocer la importancia de dicho criterio que ha sido, sin duda, reiterado en múltiples ocasiones, nada impide que, manteniéndose por esta Sala la necesaria unidad de doctrina, se vuelva a examinar la cuestión a la luz de los diversos argumentos concurrentes.

El nuevo análisis nos lleva a considerar que la razón práctica antes aludida, a la que puede, además, atenderse con otros medios, como el señalamiento de adecuado domicilio en Madrid, no puede prevalecer sobre los criterios de interpretación derivados tanto de la tramitación parlamentaria del artículo 97.1 LJCA, en la redacción

dada por la Ley 10/1992, de 30 abril, de la que se deduce que no se quiso suprimir la singular representación de las Administraciones derivada del precepto de la LOPJ, como del propio sistema normativo, especialmente después de la modificación del artículo 447.1 LOPJ efectuada por la LO 16/1994, de 8 noviembre, que llevan a entender que la norma común para la representación procesal de la Administración de las Comunidades Autónomas y de la Administración Central, y especial con respecto a las demás partes no mencionadas en dicho párrafo o en el párrafo 2 del propio artículo, incluida la necesaria representación procesal en el recurso de casación, es la de que pueden ostentarla los Letrados que sirvan en sus servicios jurídicos y que sólo cuando optan por la posibilidad que les otorga el mencionado artículo 447.2 LOPJ de designar Abogado que les defienda, es preceptiva la representación por medio de Procurador.» *(Auto de 8 de enero de 1997, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 81.)*

XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) *Carácter objetivo. Por el riesgo creado por la Administración en la organización de una fiesta popular. Imputabilidad del Ayuntamiento en el caso de fiesta organizada por un Patronato Municipal.*

«Son hechos relevantes para el enjuiciamiento del recurso de apelación que rige este proceso, los cuales deben considerarse probados, los siguientes:

1) El 23 de septiembre de 1988 se produjo un incendio en el inmueble de la calle Jesús, número 21, de Sitges, propiedad de "Hidami, S.A.".

2) El incendio se produjo por la actividad de los participantes en la "matinal infantil" organizada por el Patronato Municipal de las Fiestas de Santa Tecla (entidad con personalidad jurídica propia integrada en la órbita de la administración municipal). La fiesta consiste en un pasacalles tradicional con profusión de fuegos de artificio. El acto fue autorizado por el Ayuntamiento, que era el encargado de adoptar las medidas para evitar que se produjeran accidentes. Las medidas y prevenciones adoptadas, en lo que respecta al incendio observado, fueron ineficaces, pues los participantes en la matinal, fuera del recorrido formalmente señalado y transcurrido el horario formalmente fijado, provocaron el incendio al hacer uso de los instrumentos pirotécnicos propios de la fiesta y éste no pudo ser sofocado a tiempo con los medios de que el Ayuntamiento disponía. No se ha demostrado la concurrencia de fuerza mayor, negligencia de la víctima u otros hechos con relevancia para originar o agravar los daños.

3) La sociedad propietaria del inmueble siniestrado tenía concertada póliza de seguros con "Chasyr, 1879". Peritados los daños en 2.378.779 ptas., la entidad aseguradora satisfizo su importe y lo reclamó del Ayuntamiento de Sitges a título de responsabilidad patrimonial de la administración. La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento denegó el reintegro.

4) Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenó al Ayuntamiento de Sitges a reembolsar a la entidad aseguradora la cantidad satisfecha.

5) En el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Sitges contra esta sentencia, que nos corresponde resolver, no se discute el importe de los daños ni la legitimación activa, sino la legitimación pasiva del Ayuntamiento y la existencia de relación de causalidad entre la actuación municipal y los daños producidos.

El Ayuntamiento recurrente alega, en primer término, que carece de legitimación pasiva para soportar la reclamación por los daños y perjuicios causados por el

incendio, pues la actividad popular festiva que dio lugar a su producción no fue organizada por él, sino por el Patronato Municipal de las Fiestas de Santa Tecla, que tiene personalidad jurídica propia.

Esta alegación debe ser desestimada.

El instrumento en que consiste la personificación jurídica puede resultar adecuado como método de organización para facilitar la eficacia en la actuación de las administraciones públicas, pero no permite a éstas exonerarse de sus respectivas responsabilidades frente a los particulares cuando las personas jurídicas creadas para atender a un sector de la actividad administrativa correspondiente a la administración matriz están en relación con ésta o con sus competencias, dependen de ella o se integran en su órbita de actuación.

Este es el caso examinado, pues el Patronato Municipal de las Fiestas de Santa Tecla, como ha quedado acreditado en el proceso y se desprende de su misma denominación, tiene como objeto la organización de unas fiestas populares enraizadas en la tradición municipal de Sitges y, por ende, su actividad se relaciona con el ejercicio de sus competencias por el Ayuntamiento, a quien corresponde velar por la seguridad y adecuada celebración de este tipo de actividades.

Por otra parte, la intervención directa del Ayuntamiento continúa existiendo a pesar de la actuación del patronato, pues es aquél el que autoriza la celebración de las fiestas, asumiendo con ello la responsabilidad de su buen desarrollo, y se encarga de las medidas adecuadas para que no se produzcan acontecimientos negativos que perjudiquen la seguridad de los participantes y de los vecinos del municipio.

En suma, la existencia de una persona jurídica que colabora con las competencias del Ayuntamiento primordialmente en el plano organizativo no puede constituir un elemento para privar a éste de su aptitud y, consiguientemente, de su deber de responder de las consecuencias derivadas de la actividad relacionada con el ejercicio de su competencia de mantenimiento de la seguridad con ocasión de las fiestas populares.

Como en ello consiste la legitimación, tanto en el plano sustantivo (posición jurídica que obliga a un ente a hacerse cargo de una obligación existente) como procesal (posición en relación con una reclamación judicial que obliga a actuar como sujeto pasivo en el proceso), la primera alegación en la que la representación del Ayuntamiento funda su defensa debe ser desestimada, de acuerdo con las apreciaciones de la sentencia impugnada.

Un caso de responsabilidad patrimonial de la administración en relación con fiestas populares municipales organizadas por una entidad con personalidad jurídica incardinada en la organización municipal ha sido resuelto, partiendo de criterios análogos a los aquí afirmados, por la Sentencia de esta Sala de 23 febrero 1995 (RJ 1995, 1280).

Las anteriores consideraciones obligan también a desestimar la alegación relacionada con la falta de responsabilidad del Ayuntamiento de Sitges por la falta de eficacia de la actuación del cuerpo de bomberos para sofocar el incendio.

No es ni siquiera menester invocar las deficiencias en la prestación del servicio más directa y específicamente imputables al Ayuntamiento de Sitges, que la prueba practicada ha puesto de relieve, y que la sentencia de instancia subraya oportunamente. En efecto, el hecho de que el servicio de extinción de incendios fuera prestado con arreglo a fórmulas de cooperación con otras administraciones se desenvuelve, una vez más, en el plano instrumental propio de la organización, y no exime al Ayuntamiento de su posición de responsabilidad en relación con la organización de un servicio que de él depende desde el punto de vista de la asignación de competencias por el ordenamiento jurídico local, frente al hecho objetivo de que su actuación resultó ineficaz.

La representación del Ayuntamiento impugna la prueba testifical practicada, alegando que se le impidió formular repreguntas. Un examen de los autos revela, sin embargo, que la providencia del tribunal de instancia por la que se declara no haber lugar a tener por presentado el interrogatorio de repreguntas del Ayuntamiento de

Sitges obedece al hecho de que el exhorto despachado para la práctica de la prueba testifical obraba ya devuelto en los autos y, en consecuencia, la presentación del pliego se había producido con retraso.

Continúa alegando la representación del Ayuntamiento de Sitges que el incendio se produjo fuera del horario previsto para el pasacalles, y fuera del recorrido formalmente autorizado.

Basta examinar la prueba para llegar a la conclusión de que las características del acontecimiento festivo que estamos considerando, con profusión de fuegos de artificio y fuerte participación popular, comporta un riesgo que razonablemente desborda los límites formales de su autorización y que obliga al Ayuntamiento a adoptar medidas para garantizar la seguridad de los participantes y vecinos más allá de lo que puede suponer una exquisita, disciplinada y correctísima actuación de todos los intervinientes.

Sólo, pues, un acontecimiento que tuviera los caracteres de fuerza mayor, esto es, de acontecimiento externo a la celebración de la fiesta o totalmente ajeno a ella y a sus circunstancias, podría constituir un elemento suficiente para que esta Sala apreciara una ruptura del nexo causal. No, en cambio, el hecho, irregular pero no sólo no ajeno al devenir posible de la fiesta, sino incluso previsible, como se desprende de la prueba practicada, de que el recorrido marcado no fuera escrupulosamente respetado y de que la actividad festiva de los participantes no se ajustara con precisión al horario fijado de antemano por el Ayuntamiento.

Con ello la Sala no pretende responsabilizar al Ayuntamiento de los accidentes que se produzcan en el término municipal o incluso en los términos municipales vecinos durante la celebración de las fiestas o a cargo de los que hayan participado en ellas; sino sólo de aquellas consecuencias dañosas que razonablemente puedan considerarse incardinadas o relacionadas con la celebración normal o anormal de la fiesta popular sin que concurran hechos suficientemente significativos como para estimar alterada la relevancia causal de la actividad del Ayuntamiento de autorización de la fiesta y de no prevención de sus consecuencias negativas.

El carácter objetivo de la responsabilidad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (fundada en los preceptos legales que cita la sentencia de instancia) nos obliga a prescindir de elementos subjetivos relacionados con la concurrencia de culpa o negligencia por parte del Ayuntamiento o de los servicios municipales, y a valorar únicamente el dato de su ineficacia para prevenir y evitar el daño causado, suficientemente probado en el proceso.

La naturaleza objetiva de aquella responsabilidad de las administraciones públicas, que constituye un principio cardinal en el régimen administrativo tal como lo regula la Constitución, debe ser exigido con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades que son susceptibles de poner en riesgo no sólo la propiedad, sino otros bienes constitucionales de la mayor importancia, la vida y la integridad física de las personas, como son las fiestas populares en las que concurren especiales elementos de riesgo. Los Ayuntamientos están obligados entonces a extremar su responsabilidad para prevenir acontecimientos luctuosos y, por ende, a responder patrimonialmente cuando las medidas adoptadas se han revelado ineficaces.

El carácter objetivo de la responsabilidad municipal en un caso similar al que examinamos ha sido subrayado por la Sentencia de esta Sala de 1 abril 1995 (RJ 1995, 3226).

La culpa o negligencia imputable a las víctimas o perjudicados no es, así, un dato relevante para enervar esta responsabilidad, salvo que el Ayuntamiento, a quien como administración titular de una responsabilidad de tipo objetivo corresponde en este caso la carga de la prueba, demuestre que dicha negligencia ha existido y que ha tenido una relevancia material efectiva para la producción del evento dañoso, en todo o en parte (con el fin de exonerar al Ayuntamiento o moderar el alcance de su responsabilidad).

Nada de esto ha ocurrido. La demostración suministrada por el Ayuntamiento acerca de las posibles deficiencias del local incenciado en torno a la falta de autori-

zación o de elementos de seguridad pasiva frente a un eventual incendio no ha rebasado el plano formal consistente en el incumplimiento de requisitos administrativos y no ha llevado al Tribunal de instancia, cuya sentencia hemos de confirmar, ni a esta Sala, a la convicción de que su papel haya sido relevante desde el punto de vista causal para exonerar al Ayuntamiento de su responsabilidad; ni siquiera para moderarla. No se ha demostrado, en efecto, cuál puede haber sido la relevancia de aquellos posibles incumplimientos en el plano material de los hechos para causar el incendio o impedir o dificultar su extinción.» *(Sentencia de 25 de octubre de 1996, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7124.)*

B) *Inactividad. Muerte de caballos por peste equina al no haber impuesto la Administración el sacrificio forzoso.*

«En el único motivo de casación aducido por la representación procesal de la Administración autonómica recurrente se invocan, como vulnerados por la Sala de instancia, los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 106.2 de la Constitución y 153 del Reglamento de Epizootias, por considerar que entre la muerte de dieciocho caballos, a consecuencia de la peste equina, y la actuación de los servicios públicos de la Administración demandada no hubo relación alguna de causalidad, puesto que, cuando dichos servicios intervinieron para controlar el brote epidémico, los caballos ya estaban contagiados de dicha enfermedad, como se declara en la sentencia, y sólo cuando es la propia Administración la que ordena su sacrificio, para evitar la propagación de la enfermedad, procede indemnizar al propietario, ya que sólo en este supuesto se le priva de un derecho en beneficio del interés general, por lo que, al no haberse ordenado la muerte de los équidos por la Administración sino que aquélla se produjo por la enfermedad padecida, no existe responsabilidad patrimonial alguna para la Administración.

La aparente lógica del argumento empleado por la representación procesal de la Junta de Andalucía quiebra si se analizan las obligaciones que para ésta se derivaban de la sospecha de un foco de peste equina, debidamente comunicado por los veterinarios titulares a los correspondientes servicios de la Administración Central y de la Autonómica, como en este caso ocurrió según se declara probado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia anteriormente transcrito.

La Ley de Epizootias, de 20 diciembre 1952, dispone, en su artículo 1.º, que el objeto de la misma es la conservación y saneamiento de la ganadería nacional protegiendo a ésta de las enfermedades infectocontagiosas y parasitarias para evitar así, en cuanto sea posible, las perturbaciones que en las explotaciones ganaderas se derivan de esas causas patológicas, y en su artículo 9 se establece expresamente que serán objeto de medidas sanitarias radicales y urgentes, con sacrificio obligatorio de los animales atacados, aquellas enfermedades infectocontagiosas de carácter exótico y de acusada gravedad o gran poder difusivo, precepto que se repite en el artículo 146, párrafo segundo, del Reglamento de Epizootias, aprobado por Decreto 4 febrero 1955, según el cual la presentación de una enfermedad exótica o de naturaleza desconocida, de gran poder difusivo y de gravedad manifiesta, será combatida mediante el sacrificio obligatorio de los animales enfermos y sospechosos de las especies receptibles, a fin de proteger a la cabaña nacional.

No hay duda de que la peste equina, que causó la muerte de los caballos del demandante, era una enfermedad procedente de fuera del territorio español, como lo demuestra el que no estaba contemplada como endémica ni por la Ley de Epizootias de 1952 ni por su Reglamento, aprobado por Decreto 4 febrero 1955, hasta el extremo de que, cuando se comprobó el brote epidémico que nos ocupa, se promulgó la Orden

17 marzo 1989, por la que se adoptaron normas provisionales de coordinación en relación con la peste equina, y después el Real Decreto 1604/1989, de 29 diciembre, que incluyó la peste equina dentro del grupo de enfermedades de declaración oficial en toda España, dictándose normas para su prevención, erradicación y control.

De los aludidos preceptos, tanto de la Ley de Epizootias de 1952 como de su Reglamento de 1955, se deduce que la peste equina, como enfermedad infectocontagiosa de carácter exótico y de gran poder difusivo y manifiesta gravedad, obligaba a la Administración, quien (según se declara en el fundamento jurídico segundo de la sentencia) "se había hecho cargo del control de la epizootia", a ordenar el sacrificio de los animales enfermos y sospechosos de padecerla a fin de proteger la cabaña nacional, de manera que, si no dispuso tal sacrificio de forma urgente y radical, incumplió lo dispuesto en los citados artículos 9 de la Ley de Epizootias y 146, párrafo segundo, del Reglamento que la desarrolla, de cuyo anormal funcionamiento se derivó el que los animales enfermos no fuesen sacrificados, por lo que murieron a consecuencia de la peste equina, de donde deducimos que la Sala de instancia, al declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, aplicó correctamente, en contra de lo que opina ésta, lo dispuesto por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Para abundar en la corrección jurídica de la sentencia recurrida, hemos de señalar que, posteriormente al suceso enjuiciado, se promulgó el referido Real Decreto 29 diciembre 1989, por el que se incluyó la peste equina dentro del grupo de enfermedades de declaración oficial en toda España y se establecieron normas para su prevención, erradicación y control, y así su artículo 5.º impone al órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción de concretas medidas cautelares, entre las que está el sacrificio y enterramiento de los animales enfermos.

Sostiene la Administración recurrente en el único motivo de casación, que esgrime contra la sentencia, que ésta ha infringido el artículo 153 del Reglamento de Epizootias, de 4 febrero 1955, porque en el mismo se dispone que no serán indemnizables los animales que mueran antes de la fecha en que se ordene su sacrificio.

Se elude, sin embargo, con este argumento que la Administración debió, en virtud de lo establecido en los tantas veces citados artículos 9 de la Ley de Epizootias y 146, párrafo segundo, de su Reglamento, ordenar de inmediato el sacrificio de los animales enfermos o atacados por la peste equina, lo que no hizo, por lo que el incumplimiento de tal obligación acarrea su responsabilidad patrimonial precisamente por efecto de su inactividad, de manera que, aunque no ordenase el sacrificio de los animales enfermos, debería haberlo hecho asumiendo, por consiguiente, la indemnización correspondiente sin que el incumplimiento de dicha obligación pueda exonerarle de satisfacer ésta.

Aunque el último párrafo del mismo artículo 153 del Reglamento de Epizootias de 1955 disponga que el sacrificio con indemnización debe entenderse siempre como facultad que se reserva el Estado y no como derecho que pueda alegar el ganadero a que se le sacrifiquen los animales enfermos, ello no obsta a que, incumplida la obligación de sacrificarlos que tenía en este caso la Administración y producida ulteriormente la muerte, deba aquélla resarcir los perjuicios causados al no haber ordenado el sacrificio de los mismos, pues era ésta una medida urgente y necesaria, que, al no adoptarse, derivó en la muerte de aquellos caballos contagiados de la enfermedad y no sacrificados indebidamente.

De lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida, al declarar la obligación de la Administración autonómica de indemnizar al propietario de los animales muertos por efecto de la peste equina que no fueron sacrificados a pesar de haberse hecho cargo dicha Administración del control de la epizootia, no infringe tampoco lo dispuesto por el artículo 153 del mencionado Reglamento de Epizootias de 4 febrero 1955.» *(Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9228.)*

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS