

# RESEÑA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Primer trimestre de 1990)

POR

M<sup>a</sup> ROSARIO ALONSO IBAÑEZ

Seminario de Derecho Administrativo Universidad de Oviedo

*SUMARIO:* I.- FUENTES. II.- ORGANIZACION ADMINISTRATIVA. III.- HACIENDAS LOCALES. IV.- EMPLEO PUBLICO. V.- ACTOS ADMINISTRATIVOS. VI.- PROCEDIMIENTO. VII.- CONTRATOS. VIII.- SANCIONES. IX.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. X.- JURISDICCION CONTENCIOSA. XI.- SERVICIOS PUBLICOS. XII.- BIENES. XIII.- URBANISMO.

## I.- FUENTES

### **1. Potestad reglamentaria autónoma. Imposibilidad de que por Orden Ministerial, en base a habilitaciones genéricas, se modifique el contenido sustancial de normas reglamentarias previas.**

"La entidad actora, solicita en su demanda la declaración de nulidad de los artículos 11 (completo), 15 párrafo 2º y 17, párrafo final de la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987, invocando con carácter genérico, la insuficiencia de la disposición final séptima del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, para habilitar modificaciones de su contenido por vía de Orden Ministerial. En efecto dicha disposición final séptima del Real Decreto 1348/1985 de 1 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que dicte cuantas disposiciones sean necesarias para la mejor ejecución y desarrollo del presente Reglamento, así como para actualizar periódicamente los porcentajes y límites cuantitativos fijados en el mismo, salvo los comprendidos en la cuarta disposición final -que reserva al Gobierno a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda-, la actualización periódica de las cuantías mínimas de los capitales sociales, fondos naturales y fondo permanente de la casa central entre otros, la reducción y en su caso el restablecimiento de los tipos de percepción fijados en la disposición final tercera y la extensión a ramos distintos del de vida, de la exclusividad prevista para éste en el artículo 8.2 en los supuestos que contempla.

Según tiene declarado esta Sala en la Sentencia de 31 de Octubre de 1986, la potestad reglamentaria de las administraciones públicas, tiene su fundamento directo en la Constitución, cuyo artículo 97 configura al Gobierno de la Nación como titular originario de aquélla en la esfera estatal, mientras subyace implícita en la atribución de autonomía plena a las comunidades autónomas, la Provincia y el Municipio. La norma constitucional en cuestión, no significa que el resto de los órganos administrativos, jerárquicamente escalonados, no participen de tal potestad normativa, cuyo esquema se encuentra diseñado en la Ley de Régimen Jurídico. Para delimitar su ámbito, se ha reconocido por una parte la competencia exclusiva del Consejo de Ministros respecto de los reglamentos que hayan de dictarse para la ejecución de una Ley, sin que en este supuesto sea posible la delegación en un Ministro. En cambio éstos pueden actuar en uso de la llamada potestad reglamentaria autónoma, conclusión que arranca de otra anterior en la cual se distingue según se actúe "ad intra" con fines estrictamente organizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial (reglamentos independientes) o bien "ad extra" para regular situaciones de sujeción general (reglamentos ejecutivos). Tal dicotomía tiene su origen implícito en la propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, donde por una parte se reserva al Consejo de Ministros la facultad de proponer al Jefe del Estado la aprobación de los reglamentos para la ejecución de las Leyes, previo dictamen del Consejo de Estado (artículo 10.6) y por otra se permite a los Ministros ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento (artículo 14.3).

Examinados los preceptos impugnados a la luz de los criterios expuestos, el artículo 11 de la Orden de 7 de septiembre de 1987, establece "En los seguros con participación en los beneficios, citados en el artículo 53.2c) del Reglamento, se aplicarán las siguientes normas; a) Las entidades aseguradoras podrán conceder a sus asegurados participación en los beneficios obtenidos, mediante el sistema que deseen, referido a los resultados técnicos, a los financieros o a la combinación de ambos, b) en las bases habrá de detallar el sistema que decidan y precisarán el modelo de cuenta y los criterios de imputación que permitan el cálculo y clara comprobación de tales resultados, c) el sistema y los criterios de imputación habrán de consignarse en la proposición y en la póliza, d) en los casos de rescate o reducción, su valor deberá incrementarse como mínimo en el 80 por 100 de la participación en beneficios asignada y no entregada hasta ese momento. Como el artículo 53.2.c) del Reglamento se limitaba a prescribir que las bases técnicas de los seguros de vida, contemplarán el sistema de cálculo utilizado y los criterios de imputación de la participación en beneficios a los asegurados cuando se conceda, entiende la

actora que el citado artículo 11 de la Orden cuestionada restringe la libertad contractual concedida por el Reglamento de 1 de agosto, de conformidad con la disciplina del rescate y de la reducción establecida con carácter de Ley formal por el artículo 94 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, que deja el contrato de seguro la fijación de los derechos de rescate y de reducción con total libertad y sin fijación de una cuantía mínima, como lo hace el precepto comentado, al establecer un mínimo del 80 por 100 de la participación en beneficios.

Llegados a este punto, hay que convenir en que así como el apartado a ) del artículo 11 es consecuente con los principios inspiradores del artículo 53.2.e) del Reglamento, puesto que no restringe la libertad de las aseguradoras para conceder a sus asegurados participación en los beneficios obtenidos y los apartados b) y c ) siguientes pueden interpretarse como expresión de precisiones generadas por el sistema de control, reconocido al Ministerio de Economía y Hacienda por la Ley de Ordenación del Seguro Privado (artículo 39). No ocurre lo mismo con la fijación del incremento mínimo de la participación en beneficios , pues sin que deje de parecer razonable, un menoscabo porcentual en los casos de rescate o reducción, ante la ruptura anticipada del vínculo, supone sin embargo una limitación no prevista en el Reglamento, que el Ministerio de Economía y Hacienda no puede imponer al amparo de una habilitación genérica.

En cuanto a la nulidad del artículo 15 de la Orden de 7 de septiembre de 1987, impugnada por las mismas causas que el anterior, este precepto dispone en su párrafo 2º "La información resumida del listado de siniestros, a que se refiere el artículo 44.1 letra e) del Reglamento, deberá permitir para cada modalidad de seguro, el control de los siguientes extremos: Evolución del número de siniestros y frecuencia de los mismos en relación con la cartera de la entidad. Esta información deberá desglosarse para cada una de las coberturas que comprenden las diversas modalidades de seguro, teniendo en cuenta además, la cuantía de las indemnizaciones. Con análoga estructura y desglose, al control trimestral de siniestros debe permitir el seguimiento de su coste medio y periodo medio de liquidación. Suficiencia de la provisión para prestaciones existentes al término de cada trimestre, con especificación de los coeficientes de desviación obtenidos para cada una de las categorías observadas, en base a la realización posterior de pagos y correcciones de dicha provisión". Por su parte el artículo 44. 1.c ) del Reglamento dispone únicamente sobre el listado de siniestros que "los siniestros declarados a la entidad, deben ser registrados en cuanto sean conocidos , debiendo atribuírseles una numeración correlativa, la cual podrá contener varias series. La información resumida de este listado ha de obtenerse trimestralmente para cada modalidad de seguro y por años de ocurrencia de los si-

niestros". Por ello y sin desconocer que la Orden combatida completa la imposición del listado mediante una serie de precisiones enderezadas a proporcionar la información necesaria para ejercer el rígido sistema de control sobre las empresas aseguradoras, que atribuido por la Ley 33/1984 de 2 de agosto y el Reglamento de 1 de agosto de 1985 al Ministerio de Economía y Hacienda, constituye una preocupación básica de la normativa aludida, todas las exigencias añadidas en el artículo 15 de la Orden al artículo 44.1.c) del Reglamento, resultan conciliables con la habilitación genérica reconocida al efecto, en relación con la facultad del titular del departamento ministerial competente, para adoptar disposiciones enderezadas al cumplimiento de los fines que le son propios, según el artículo 14 apartado 3º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues por lo demás las modalidades previstas para el desglose de cada cobertura, el control trimestral de siniestros para permitir el seguimiento económico y especialmente la suficiencia de la provisión para prestaciones existentes, constituyen datos de los que las aseguradoras difícilmente pueden prescindir dentro de su propia organización contable, limitándose la Administración a homologar las características del listado en orden a facilitar su consulta y control posterior.

Finalmente el párrafo último del artículo 17 de la Orden Ministerial, cuya nulidad cierra el ciclo de la pretensión actora, dispone: "La Provisión (par primas pendientes de cobro) se constituirá también para la modalidad del seguro temporal renovable, seguros complementarios y demás modalidades de los ramos de vida, que a estos efectos deban asimilarse a seguros no vida por no generar provisión matemática", mientras el artículo 61 del Reglamento señala que la provisión para primas pendientes de cobro, sólo se exige para los ramos distintos al de vida. Sobre este concreto particular, la asimilación del seguro temporal renovable, que es un seguro de vida, a los seguros no vida a efectos de provisión de primas pendientes de cobro, en razón a que no generan una provisión matemática, aunque suponga una técnica instrumentalmente admisible, entrada una ampliación innovadora del criterio reglamentario, que sólo exige la provisión de primas pendientes de cobro para los ramos distintos al de vida sin distinción, operándose un cambio sustancial de criterio, no amparado ni por efecto de la habilitación genérica, ni por vía de las facultades, organizativas o de regulación de relaciones con las aseguradoras, sujetas al Ministerio de Economía y Hacienda, por una especial situación jurídica, no susceptible sin embargo de comprometer derechos u obligaciones básicas o generales. Por lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso en los particulares en que la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 1987 no resulta ajustada a derecho, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia, al no

apreciarse los requisitos exigidos para ello en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional." (**Sentencia de 24 de enero de 1990. Sala 3ª. LLORENTE CALAMA. Ar. 408.**)

**2. Irretroactividad. Las situaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de una normativa y que no agotan sus efectos por permanecer subsistentes éstos cuando aquélla es derogada no pueden verse afectados jurídicamente por otra norma posterior aún cuando derogue expresamente a aquélla, máxime cuando en la norma nueva nada se dice al respecto como derecho transitorio y esta no tiene carácter retroactivo al no disponerse en la misma lo contrario.**

"Las licencias de exhibición de películas son autorizaciones administrativas de carácter reglado, por las que la Administración reconoce a los particulares el ejercicio de un derecho preexistente, inicialmente restringido o limitado por razones de interés público y por ello, se ha de considerar que su otorgamiento, una vez producido por un acto administrativo, amplía la esfera jurídica de su destinatario, que lo ingresa en su patrimonio con el carácter de un "derecho o situación jurídica adquirida", y del cual sólo puede ser privado a través del instituto de la expropiación forzosa.

Las situaciones jurídicas nacidas bajo la vigencia de una normativa jurídica y que no agotan sus efectos por permanecer subsistentes éstos cuando aquélla es derogada, no pueden verse afectados jurídicamente por otra posterior aun cuando derogue expresamente a aquélla, máxime cuando en la norma nueva nada se dice al respecto como derecho transitorio y ésta no tiene carácter retroactivo, al no disponerse en la misma lo contrario, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 2º.3 del Código Civil; pues bien, en el caso que nos ocupa se encuentra acreditado -incluso admitido por la Administración demandada-, que la entidad "F, S.A." obtuvo la licencia de exhibición nº 161.899, para la película Mary Poppins, al amparo de la normativa jurídica contenida en la Orden Ministerial de 19 de agosto de 1964, cuyo artículo 69, reproducido en el artículo 55, de la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1971, establecía que "las licencias de exhibición de las películas especialmente indicadas para la infancia y la juventud, tendrán vigencia indefinida", por Acuerdo de la Dirección General de Cinematografía, de 26 de noviembre de 1965, al ser calificada dicha película por referido centro directivo, como especialmente indicada para menores de catorce años dándose asimismo la circunstancia que la Administración demandada, al amparo de la aludida licencia, otorgó las autorizaciones correspondientes a nuevas copias del

film -cartones en la de nominación vulgar-, con fechas 28 de noviembre de 1965 y 28 de julio de 1976, habiéndose de considerar que, desde el punto de vista jurídico la exhibición de las "nuevas copias o cartones", no es otra cosa que una mera especificación del derecho anterior derivado del otorgamiento de la licencia nº 161. 899 antes aludida, pues la misma fue concedida sin limitación a número de copias ni de tiempo en atención a ser una película "indicada para la infancia", como la norma jurídica citada establecía.

Por aplicación de la teoría jurídica de los derechos adquiridos y el principio legal de la irretroactividad de las leyes, anteriormente expuestas; tal derecho de la entidad "F., S.A.", no ha de verse afectado por la Disposición derogatoria del Real Decreto 3071/1977, de 11 de noviembre, y por consiguiente, el cambio de calificación de la película, denominándola como "para todas las Salas y para todos los públicos", efectuado por Acuerdos de la Dirección General de Cinematografía, de 6 y 8 de agosto de 1984, señalando como fecha de caducidad de la licencia nº 161.899, el 6 de agosto de 1989, así como la resolución desestimatoria en alzada, han de considerarse como no conformes al ordenamiento jurídico, habiéndose de reconocer a la entidad "F S A." los derechos que se especifican en la parte dispositiva de la sentencia apelada. **(Sentencia de 19 de enero de 1990. Sala 3ª. MARTINEZ SANJUAN. Ar. 589.)**

**3. Principio de legalidad y principio de seguridad jurídica. En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación del "principio de protección de la confianza legítima", que ha de ser aplicado también cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa.**

"Comenzando por el estudio del recurso de apelación interpuesto por la representación de la Administración General del Estado, contra la sentencia al presente combatida, en el que y a su tenor don Saturnino M.R. ocupa la posición procesal de apelado; se ha de tener en cuenta que, el acto producido por el Director Provincial de Educación y Ciencia de Madrid de 18 de octubre de 1954 -folio 47 del expediente-, que la representación de dicho apelado invoca y, en el que la sentencia recurrida funda principalmente sus argumentos jurídicos, para estimar el recurso contencioso-administrativo y anular el Acuerdo de la Dirección General de Educa-

ción Básica, de 11 de diciembre de 1954 , objeto de dicho proceso jurisdiccional, teniendo en principio la naturaleza jurídica de un acto-comunicación por el que se participa al Colegio San N. la reducción, para el curso 1954-1955, de dos Unidades subvencionadas desde primeros del mismo, habiendo de continuar subvencionado con catorce Unidades privadas del Tipo "A" perdiendo la subvención correspondiente a la Unidad de Dirección, al no expresarse en el mismo, que sólo significaba una "propuesta" elevada a dicha Dirección General de Educación Básica, que era la competente para resolver en definitiva sobre dicha materia; sin embargo, el confusionismo de su expresión literal, generó en el que la recibía, una "confianza legítima" en la certeza de un reconocimiento hecho por la Administración, de una situación jurídica, consistente en que para el curso 1984-1985, continuaría dicho Centro escolar con catorce Unidades privadas del Tipo "A" y consecuentemente con ello dicho Colegio organizó referido curso para la totalidad de las catorce Unidades que estimaba reconocidas como subvencionables , procediendo a contratar los Profesores necesarios para ello -folios 45 y 49 del expediente- , y dando comienzo a su funcionamiento docente.

En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento Jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su Sentencia de 28 de febrero de 1959 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el "principio de protección de la confianza legítima" que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica. **(Sentencia de 1 de febrero 1990. Sala 3ª. MARTINEZ SANJUAN. Ar. 1258.)**

## II. - ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

- 1. Orden de 14 de abril de 1987 del departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General de Aragón por la que se delegan en los Colegios Farmacéuticos del Territorio Autonómico, las atribuciones, cesiones, traspasos y traslados de las Oficinas de Farmacias. Delegación de competencias transferidas. Principios de organización administrativa.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

“Que se impugna, en este proceso, la Orden de 14 de abril de 1987, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General de Aragón, por la que se delegan en los Colegios Farmacéuticos del Territorio Autonómico, las autorizaciones, cesiones, traspasos y traslados de las Oficinas de Farmacia. Dos son las causas de oposición a la norma, que aparecen sintetizadas en el Fundamento de Derecho séptimo del escrito de demanda en la siguiente forma: A) porque las competencias que los Colegios de Farmacéuticos del territorio de Aragón, venían desempeñando en cuanto al contenido del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril pertenecen privativamente a ellos, por lo que no pueden haber sido afectadas por el contenido del Decreto 1/1987, de 14 de enero, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General; y B) porque la Corporación recurrente ha actuado siempre en esta materia en cumplimiento de atribuciones concedidas por la Ley, que ni la Administración del Estado, ni, menos aún, la de ninguna entidad autonómica, pueden reducir o modificar en forma alguna.

Que la Diputación demandada en su escrito de contestación se opone en primer término a la demanda invocando la causa de inadmisibilidad contemplada en el artículo 82.e) de la Ley Jurisdiccional, al estimar que la Orden impugnada no constituye una disposición de carácter general, sino que se trata de un acto administrativo de aplicación singular, por lo que contra el mismo debió interponerse recurso de reposición.

Que dicha causa de inadmisibilidad ha de ser estudiada con carácter previo, ya que su eventual estimación impediría entrar a conocer del fondo del asunto. Esto exige poner de manifiesto la diferencia de grado y no meramente cuantitativa existente entre normas y actos administrativos. Así debe señalarse que si bien tanto los actos administrativos como los Reglamentos son instrumentos jurídicos utilizados por la Administración, sin embargo, entre unos y otros existen dife-



rencias sustanciales , siendo esencial, a la hora de facilitar la distinción entre uno y otros existen diferencias sustanciales, siendo esencial, a la hora de facilitar la distinción entre uno y otros la que distingue entre unos y otros en base a que Mientras que el Reglamento innova el ordenamiento jurídico y forma parte del mismo, el acto administrativo se limita a aplicarlo a un supuesto dado. En el presente caso, del examen de la Orden recurrida se pone de manifiesto que la misma no constituye un simple acto de aplicación singular, sino que contiene disposiciones innovativas del ordenamiento jurídico ( no se limita a llevar a cabo una mera delegación sino que establece una regulación complementaria de la misma ) , llegando incluso a establecer la procedencia contra los actos y resoluciones dictadas por el órgano delegante de un "recurso de alzada ante el consejero... cuya resolución agotara la vía administrativa".

Que la anterior conclusión atendido el undécimo Fundamento de Derecho de la demanda, hace necesario proceder a continuación al examen de la competencia del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General de Aragón para dictar la disposición recurrida, dado que según establece la Ley 3/84 de 22 de junio, de las Cortes de la Comunidad Autónoma, en su artículo 14.c) , es a la Diputación General de Aragón a la que corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Que en el caso enjuiciado el Decreto 1/1987, de 14 de enero de la Diputación General de Aragón sobre autorización para la creación, construcción, modificación o supresión de centros , servicios y establecimientos sanitarios , en su Disposición Final Primera autorizó al departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, autor de la Orden recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27.f ) de la Ley 3/84 , para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de dicho Real Decreto; precepto éste que supone, sin perjuicio de la potestad reglamentaria Originaria correspondiente a la Diputación General de Aragón, la atribución a dicho Departamento de una potestad delegada, que da cobertura a las disposiciones de dicho carácter dictadas dentro del ámbito normativo del Decreto.

Que partiendo de lo expuesto debe afirmarse la competencia formal del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo para dictar la norma recurrida, en cuanto que su materia específica se encuentra dentro de los límites del Decreto autorizante, y ello con independencia de la competencia material de la Diputación General de Aragón para regular dicha materia, cuestión esta que constituye el Objeto de controversia de la presente litis.

Que pasando al estudio del fondo del asunto, debe dejarse sentado, con carácter previo y como punto de partida de lo que se dirá más adelante, que con el reconocimiento constitucional de creación de Co-

munidades Autónomas, se ha producido un fenómeno de descentralización política, que comparte un reparto de las responsabilidades públicas y de los campos de actuación entre el Estado y estas comunidades, si bien la Constitución se ha abstenido de imponer un bloque competencial concreto a ninguna Comunidad Autónoma. Así, según establece el artículo 147.2.d) de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las competencias asumidas dentro del marco constitucional por las Comunidades Autónomas, siendo estas más o menos extensas, dependiendo del proceso seguido para la formación de la Comunidad Autónoma, de manera que mientras que las Comunidades de primer grado pueden recibir todas las competencias que no están expresamente reservadas al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución.

Que, partiendo de lo expuesto, debe señalarse que para regular la materia que constituye el contenido de la orden recurrida debe procederse en primer término a examinar si dicha materia está dentro de las que conforme el artículo 148 de la Constitución puedan detentar las Comunidades Autónomas, y en segundo término, si dicha materia ha sido asumida expresamente por la Comunidad Autónoma a través de su Estatuto. En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982, establece que "para determinar si una materia es de la competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, o si existe un régimen de concurrencia, resulta en principio decisivo el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma a través del cual se produce la asunción de competencia. Si el examen del Estatuto correspondiente revela que la materia de que se trata no está incluida en el mismo. No cabe duda que la competencia será estatal, pues así lo dice expresamente el artículo 149.3 de la Constitución. Esta afirmación, sin embargo -continúa señalando la sentencia-, no debe llevar a la idea de que, una vez promulgado el Estatuto de Autonomía es el texto de éste el que únicamente debe ser tenido en cuenta para realizar la labor interpretativa que exige la delimitación competencial..." ya que con ello "se estaría desconociendo el principio de supremacía de la Constitución" de forma que "... el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución".

(sic.) Que de lo anteriormente expuesto se desprende que a efectos de determinar si una competencia ha sido o no asumida por una Comunidad Autónoma excesiva relevancia, contra lo que parece argumentar la parte actora, los Reales Decretos de traspaso, los cuales, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, no traspasan en si competencias, sino servicios administrativos y los medios materiales, personales y presupuestarios para el ejercicio de aquéllas.

Que partiendo de los principios antes señalados , y a la vista de lo dispuesto en el artículo 148.1.21 de la Constitución, y en el artículo 35.1.20 del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, debe señalarse que la Comunidad Autónoma de Aragón pudo asumir, y de hecho asumió, la competencia en materia de "sanidad e higiene" , materia dentro de la cual está incluida la que es objeto de la Orden recurrida, que no puede subsumirse dentro de lo que el artículo 149.1.16 define como "base y coordinación general de sanidad".

Que la parte demandante, como fundamento de su impugnación señala que las competencias que los Colegios de Farmacéuticos del territorio de Aragón, venían desempeñando en cuanto al contenido del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, pertenecen privativamente a ellos , al haberse llevado a cabo en virtud del artículo 9.2 del Decreto 1/1987, de 14 de enero, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General. Sin embargo, dicha argumentación en modo alguno puede ser admitida, ya que, por un lado, desconoce el carácter innovativo que tiene la Constitución, la cual ha llevado a cabo una redistribución de competencias (argumento que por si solo seria suficiente para neutralizar la tesis de la parte actora) y por otra parte neutralizar la tesis de la parte actora) y por otra parte de una base errónea, ya que lo que se llevó a cabo en virtud de lo dispuesto en el Decreto 909/1978, de 14 de abril, fue una delegación de competencia -expresamente emplea el término "delegar" -, de forma que el Estado no perdió su competencia sobre la materia. La afirmación de que lo que se produjo en virtud del citado Real Decreto fue un fenómeno de desconcentración -como afirma la parte actora-, no puede ser admitida ya que ellos supondría desconocer el alcance de los principios que rigen la organización administrativa. Así, es preciso distinguir la técnica de la delegación, de la desconcentración y descentralización, ya que mientras que la desconcentración supone la transferencia de competencias a favor de órganos de un mismo ente público, esto es, de órganos superiores a otros inferiores, la descentralización conlleva un traslado de competencias a otro u otros entes, suponiendo una transferencia de competencias entre personas jurídicas administrativas, esto es, entre Administraciones públicas. Defender que lo que se produjo fue una desconcentración no seria obstáculo al fenómeno inverso de la concentración, pero -además- equivaldría a situar en un mismo plano la Administración del Estado con la Institucional y afirmar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos son órganos inferiores dentro de la estructura jerárquica de la Estatal, y ninguna de ambas afirmaciones es jurídicamente admisible. Por otra parte fundamentar la imposibilidad de delegación intersubjetiva, en base a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico

de la Administración del Estado, supondría desconocer la realidad de dicha técnica organizativa reconocida en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico (art. 150.2 de la Constitución, art. 45.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, etc. ).

Que lo anteriormente expuesto justifica, asimismo, que el recurso contra las resoluciones y actos que adopten los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en el ejercicio de las competencias que le son delegadas , deban interponerse ante el organismo correspondiente de la Diputación General de Aragón, y no ante el Consejo General de Colegios Farmacéuticos de España, por lo que aunque sea más que discutible la denominación que se da al recurso en la Orden recurrida -alzada y no reposición-, no siendo ello objeto del presente recurso, procede desestimar el mismo en su integridad.

Que no hay motivos que determinan la procedencia de un especial pronunciamiento en cuanto a costas. "

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la sentencia apelada.

"Resume el Consejo General apelante sus motivos de apelación en el sentido de que del texto de la Orden recurrida se desprende que la misma no tenía más finalidad que la de evitar la intervención del citado Consejo en la resolución de cuestiones atribuidas "ex lege" a los Colegios de Farmacéuticos de Zaragoza, Huesca y Teruel, lo que constituye una clara desviación de poder, y que expresados Colegios , al igual que los de todas las provincias españolas, venían actuando en la materia que nos ocupa en uso de atribuciones propias y no por delegación de ningún Organismo o Autoridad, pero, a pesar de que dicha parte se extiende en consideraciones al respecto, no hace más que insistir en sus argumentos de primera instancia, ya rebatidos , puntual y acertadamente por la sentencia que impugna, reiterándolos , claro es , no para atacar a la decisión administrativa sino proyectándolos respecto de la jurisdiccional.

Para tratar de justificar su versión, parte, principalmente, de dos premisas que, por no ajustadas a la realidad son inaceptables, siendo la primera que la Diputación General de Aragón, a tenor de su Estatuto, carecía de competencia para regular la materia que es objeto de la combatida Orden, y otra, que, en cualquier caso, aquélla había prescindido de las atribuciones legalmente propias de los Colegios de Farmacéuticos , razonando, a propósito de aquel primer aserto, en el sentido de que, conforme al artículo 35, apartado I , número 20 de la norma estatutaria, sólo competía a aquélla la genérica materia de sa-

nidad e higiene, y, aun en el supuesto de que, a tenor de cualquiera otra disposición complementaria, como el Decreto autonómico de 14 de enero de 1987, válidamente hubiera asumido la relativa a la "organización y control en materia de creación, modificación, adaptación y supresión de centros, servicios y establecimientos sanitarios", dentro de este ámbito no podían entenderse incluidas las Oficinas de Farmacia, opinión ésta puramente subjetiva y carente de todo apoyo en el Ordenamiento jurídico aplicable, pues, como ya hacia ver esta Sala en su Sentencia de 25 de abril de 1984, tal enumeración genérica había que integrarla con el Decreto de 1 de septiembre de 1978, que, en el apartado 2 del artículo 1, considera como tales centros los hospitales, los centros asistenciales hospitalarios, los bancos de sangre, los servicios de ambulancias y transportes sanitarios, los laboratorios de análisis clínicos, los centros técnicos de sanidad, los botiquines, almacenes, centros y Oficinas de Farmacia y los de formación e investigación sanitaria, y es por esto, por lo que, limitándose la Orden de la Diputación General a actuar en el ejercicio de una de esas facultades transferidas, no puede atribuírsele motivo de ilegalidad alguno ni, en particular, el de invadir siquiera facultades privativas de la Administración del Estado expresamente contempladas por el artículo 141.1. 16 del Texto constitucional, afectantes al marco de la planificación general sanitaria, porque aquélla "no modifica el contenido de las disposiciones estatales vigentes al tiempo de producirse la transferencia, ni la regulación que, al respecto, se contiene en la Constitución, sino que lo que se produjo... fue la simple asunción por el Organismo autonómico de competencias hasta ahora estatales, sin alteración alguna del régimen jurídico regulador de la materia o de la planificación sanitaria misma" ( Sentencia de 25 de abril de 1984 ).

Es que, dentro de la problemática del concreto ámbito farmacéutico, en las cuestiones reguladas por el Decreto de 14 de abril de 1978, en particular -que, en este caso, es el que nos interesa tener en cuenta- hay que distinguir lo que dispone a propósito del régimen y del procedimiento para la autorización, instalación y funcionamiento de las Oficinas de Farmacia -totalmente intocado por la Orden e intocable por ser componentes de aquel alineamiento básico o planificador del servicio- y lo que es simple facultad de que el Organismo competente para resolver los expedientes a que dé lugar la aplicación de aquellas normas sustantivas pueda delegar la competencia que se le atribuye en los Colegios profesionales, y esta diferenciación es apta para desmontar jurídicamente toda la dialéctica utilizada en este caso por el Consejo apelante, en cuanto, absteniéndose de fundamentar su impugnación en la inobservancia o apartamiento por la Orden de tales normas básicas, de elaboración exclusiva por el Estado, se limita a combatirla por entender que, aun en la hipótesis de que el ente auto-

nómico hubiera asumido dicha competencia resolutoria, no podía delegarla en los Colegios provinciales en aquellos supuestos en que, con anterioridad, tampoco la tenían los Organos de la Administración Central en dicho punto concreto y, a fin de justificarlo, argumenta algo tan extraño como que cuestionada facultad de decisión no podía transferirla la Administración Central ya que la tenía delegada o atribuida a los Colegios Profesionales de Farmacia, pero téngase en cuenta que no fue, precisamente, la Dirección General de Ordenación Farmacéutica quien transfirió su competencia a la Administración autonómica, sino el Estatuto de Autonomía y sus complementarias normas atemperados uno y otras a lo que, conforme el texto constitucional, suponían competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades autonómicas o compartidas entre ambos, pero es que hay que reparar, sobre todo, en que no tanto se combate esa delegación que la tan repetida Orden hizo en favor de los Colegios Provinciales de la Región como el hecho de que no estableciera idéntica delegación, en favor del Consejo General, a efectos de resolver el precedente recurso de alzada contra las decisiones de aquéllos, habida cuenta de que se llega a afirmar por el apelante -con denuncia, incluso, de incidencia administrativa en desviación de poder- que de lo que se trataba era de evitar su intervención en la resolución de expedientes atribuida "ex lege" a los Colegios de Zaragoza, Huesca y Teruel.

Afirmación semejante requiere la adecuada justificación de que efectivamente, fue una disposición legal la declarativa de tal competencia -porque, de ser así, sería innecesario cualquier razonamiento para declarar no sólo que la Orden en cuestión sino su precedente inmediato, el Decreto de 14 de abril de 1978, serían radicalmente nulos por infringir el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado-, pero, en modo alguno esto es así porque la Ley de Colegios Profesionales que se invoca al efecto, no atribuye competencia propia alguna a estos para resolver ningún expediente administrativo aunque se relaciones con la respectiva materia a que corresponden conforme se deduce del artículo 5 de aquélla, pero es, además, que, de ser como se alega, no se explica que, publicado el Decreto de 14 de abril de 1978, se tuviera que producir la Resolución de 30 de noviembre de igual año por la que expresamente se confería a tales Colegios la delegación para resolver cuestionados expedientes, y, entonces, si el Organos autonómico había asumido constitucionalmente y por su Estatuto la facultad que, con carácter general se establecía en expresado Decreto en favor de la Administración del Estado, impropia puede alegarse que, aunque dicha Diputación pudiera haber recuperado tal facultad, no podía delegarla en otros Organos públicos, sobre todo cuando la delegación ha recaído en los mismos Colegios profesionales que precedentemente la ostentaban, y,

por cierto -y ello tiene una especial significación- a petición expresa de los tres representantes de los de la Región, en escrito de 20 de febrero de 1987, con base precisamente, en que la misma se había omitido en el Decreto de 14 de enero del mismo año, porque mal se compaginaba dicha solicitud con la seguridad que se alega de que la competencia ya se ostentaba por obra de la Ley de Colegios Profesionales.

Lo que ha sucedido -y ello justifica el mayor énfasis que en su argumentación pone el Consejo General apelante- es que tan repetida delegación, se conceptúe como tal, como desconcentración o descentralización, se ha conferido tan sólo a los Colegios provinciales para resolver inicialmente los expedientes, como ya venía sucediendo desde la Resolución de 30 de noviembre de 1978, y no también en favor de citado Consejo para decidir en alzada, pero esta distinción no es legalmente irreprochable, ya que si la competencia en ambos aspectos, toda, la adquirió y radica en la Administración autonómica, es inconcuso que, si, correlativamente, ostenta la facultad -que no la obligación- de delegar una y otra manifestación de aquélla, al no tener, por otra parte, por qué vincularse por lo que, en uso de tales facultades, tuviera decidido la Administración estatal, nada impide que el Ente regional delegue únicamente una parte de su competencia reteniendo el resto, como tampoco se vislumbraría ningún reproche legal para que, de haberlo preferido se hubiera reservado la facultad de decidir siempre por sí misma.

Cualquier otra alegación en contra carece de relevancia jurídica, principalmente aquélla con la que se pretende rebatir la sentencia recurrida y que consiste en que de las resoluciones de los Colegios Profesionales nadie puede conocer en alzada más que su respectivo Consejo, porque, aunque reconociendo la certeza de esta alegación, hay que tenerla por inaplicable a caso como el presente, como también aquella otra que consiste en que de las resoluciones del Órgano colegial no puede conocer la Administración, en la medida en que una y otra se refieren a supuesto en que aquéllas se producen decidiendo cuestiones estrictamente afectantes a su propia competencia corporativa -a aquellas que constituyen su cometido a tenor de la Ley que los rige- y no a las que, de modo excepcional, se le confieren por Organismos estatales, autonómicos o, incluso, locales, por simple delegación o esporádico encargo respecto de la privativa competencia de éstas, por lo que, como acertadamente hace ver la Diputación General apelada, con cita de la sentencia recurrida -cuya confirmación procede, por todo lo que dejamos razonado-, se trate o no de una auténtica delegación de competencias exclusivamente propias, "ni supone un desapoderamiento de la titularidad de la competencia, ni puede suponer un definitivo e irrecuperable traspaso de las competencias públicas en esta materia". **(Sentencia de 12 de marzo de 1990. Sala 3ª, Sección 5ª. REYES MONTERREAL. Ar. 2522.)**

**2. Administración local. Segregación de núcleo de población para crear otro Municipio. En los casos de segregación parcial, la división de los bienes, derechos y acciones y la de las deudas y cargas ha de hacerse en función del número de habitantes y de la riqueza imponible correspondientes al núcleo segregado.**

El artículo 14.1.a.e ) de la propia Ley previene que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe conocer en única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se formulen contra los actos administrativos dictados previo Informe preceptivo del Consejo de Estado: y siendo preceptivo ese Dictamen en los expedientes de alteración de términos municipales y de Creación o supresión de municipios (Según las disposiciones indicadas en el precedente Fundamento Jurídico PRIMERO), no cabe duda de la incompetencia de la Sala Territorial de Albacete para resolver en la primera instancia este proceso, pues habiendo mediado el previo Informe preceptivo del Consejo de Estado como precedente indispensable del acto administrativo impugnado, era Claro que la única Sala jurisdiccional competente para resolver tal reclamación, en única instancia, era la Contencioso-Administrativa de este Tribunal Supremo, por lo que, y sin necesidad de oír previamente ahora a las partes (atendiendo a lo que diremos en el fundamento jurídico siguiente), procede que en esta sentencia declaremos la nulidad absoluta de la sentencia recurrida.

Llegado al Conocimiento de este Tribunal Supremo el acto administrativo de aprobación de la alteración y Constitución de términos municipales ( aunque haya sido por la vía anormal de la apelación y no del recurso directo en única instancia) , nada se opone a que ahora juzguemos el fondo de ello, sino todo lo Contrario; el principio de economía procesal que dimana del de la tutela efectiva que hemos de dar por imperativo del artículo 24.1 de la Constitución nos obliga a hacer aquí este enjuiciamiento, pues estando ahora el recurso ante el Tribunal Competente para conocer la materia objeto del mismo, apareciendo cumplidas todas las fases del procedimiento, y existiendo además todos los elementos de juicio sin omisión de garantía alguna para las partes, preciso es resolver el fondo de conformidad con la doctrina establecida para casos análogos por nuestras Sentencias de 14 de abril de 1987, 22 de julio y 15 de octubre de 1988 y 24 y 30 de octubre de 1989, entre otras.

El Decreto aprobatorio de la segregación para la constitución del nuevo municipio de "El Robledo" impugnado en este recurso se basa en que de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente resulta acreditado el cumplimiento de las condiciones requeridas por la legis-



lación vigente, toda vez que la Ley de Régimen Local de 1955 , el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de 1952 y la nueva Ley de Régimen Local de 2 de abril de 1985 exigen para la constitución de nuevos Municipios que los mismos surjan sobre núcleos de población territorialmente diferenciados y cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales sin suponer disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados ; apareciendo también demostrado en el expediente que el nuevo municipio de "El Robledo" forma un núcleo de población que constituye definitivamente una verdadera realidad humana que dispone de todos los elementos necesarios para ser municipio, pues tanto territorial como demográfica y económicamente cuenta con medios Suficientes para alcanzar el reconocimiento del estatus propio del ente local, que no viene sino a dotar del adecuado régimen jurídico a esta realidad humana que Sociológica y realmente constituye el Municipio aprobado por el Decreto impugnado, todo ello en congruencia y de conformidad con el Dictamen del Consejo de Estado que obra en los folios 549 al 568 del expediente.El Ayuntamiento de Porzuna combate la delimitación del territorio que se ha asignado al nuevo Municipio accediéndose a la propuesta de los instantes de la Segregación que a su vez coincidía con el territorio de la Parroquia Eclesiástica y con el de la Entidad Local Menor; y siendo cierto, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de enero de 1989, que la discrecionalidad no determina la existencia de una zona exenta del control judicial ( como dice también nuestra Sentencia de 24 de Octubre pasado), la Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1989, al tratar con amplitud de los actos discrecionales de la Administración, ratifica la doctrina de la posibilidad del control judicial de los mismos , pero exige para poder anularlos que se justifique la irracionalidad o la inidoneidad patente de la solución adoptada por la Administración; y en el presente caso la Corporación impugnante ni siquiera ha intentado practicar ninguna prueba tendente a acreditar que la línea de deslinde de la antigua Parroquia Eclesiástica y de la Entidad Local Menor de "El Robledo" no era la adecuada para configurar el territorio del nuevo Municipio; no Siendo útil al respecto la mera invocación de que la división se produce en situación de desigualdad territorial entre el territorio que le queda al Municipio matriz y el que se atribuye al segregado, pues como declaran nuestras Sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 24 de Octubre de 1989, la Ley no exige que resulte identidad entre el territorio segregado y el originario, sino que la porción segregada tenga medios bastantes para subsistir por si misma en función de su población y riqueza imponible con el decoro que exige el normal bienestar que proporciona al hombre la prestación de los servicios municipales mínimas , y que a su vez el Muni-

pio primitivo quede también con medios suficientes al propio fin; debiendo interpretarse los artículos 19 de la derogada Ley de Régimen Local de 1955 y el 8. I del actual Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 18 de abril de 1956, al igual que los artículos 5º, 10 y 13 del Reglamento de 1952 y 8. I del vigente de 18 de abril de 1956, en el sentido de que en los casos de segregación parcial, la división de los bienes, derechos y acciones y la de las deudas y cargas ha de hacerse en función del número de habitantes y de la riqueza imponible correspondientes al núcleo segregado, y no como lo interpreta la Corporación apelante; sin que para demostrar la alegada irracionalidad de la división territorial (que es lo único que podría autorizarnos a anular el acto de la Administración) , sean suficientes las actas de las reuniones habidas con posterioridad al Decreto impugnado por representantes de ambas Corporaciones Locales afectadas para estudiar una posible nueva distribución al Decreto impugnado por representantes de ambas Corporaciones Locales afectadas para estudiar una posible nueva distribución territorial (no coronadas con acuerdo alguno) , pues tales reuniones sin más prueba (que debió en todo caso suministrar la Corporación accionante ) no desvirtúa por si solas los detallados estudios del expediente (folios 92 y siguientes ) , ni la preexistente identidad territorial de la Parroquia y de la Entidad Local Menor con el nuevo Municipio constituido; ni demuestran, en fin, que los límites territoriales del territorio segregado, en relación con los que le quedan al Municipio matriz , sean irracionales. **(Sentencia de 30 de enero de 1990. Sala 3ª, Sección 5ª. BRUGUERA MANTE. Ar. 566.)**

**3. Administración local. La financiación de los gastos de conservación, mantenimiento y vigilancia de los Centros de Educación General Básica a cargo de los Ayuntamientos entre en el concepto de "Cooperación con la Administración educativa". Imprudencia de invocar el déficit presupuestario para obtener la subrogación del Estado en las obligaciones municipales.**

"Aunque no se hubiera producido la Sentencia de esta Sala que ahora enjuicia, de fecha 23 de abril de 1954 , en cuya doctrina se fundamenta la sentencia al presente recurrida, y que mantenemos y damos por reproducida en la actual; se ha de considerar que, en relación de la materia de actual referencia se han venido sucediendo históricamente situaciones jurídicas que van, desde aquellas en que el servicio público de la enseñanza primaria era de la absoluta competencia de los Ayuntamientos, los cuales dentro de ella habrían de pro-

veer de los medios personales y materiales necesarios para su prestación -contratación de Maestros , destino de locales , aportación económica para sufragar los gastos de su mantenimiento, etc. -, pasando posteriormente a la situación jurídica en la que el Estado asumió tal servicio, encargándose de facilitar el personal docente, creando al efecto el Cuerpo del Magisterio Nacional, pero dejando aún la carga para los respectivos Ayuntamientos de sufragar con sus presupuestos los gastos económico-materiales derivados de la prestación de tal servicio y más modernamente, a través de normativa jurídica al efecto, va sucesivamente liberando el Estado a los Ayuntamientos de dichos cargos , pero subsistiendo aún alguna de ellas como obligación presupuestaria de aquéllos , hasta llegar a la normativa jurídica, que la Sentencia ahora apelada, y la anterior de esta Sala de 23 de abril de 1984 concretamente cita, valora y correctamente aplica, que damos por reproducida íntegramente en la presente. Asimismo al tener en cuenta el sistema de la técnica empleada por el Estado, en su función legislativa, con anterioridad a la vigencia de la Constitución Española de 1978, cuya validez ha de mantenerse con posterioridad a ésta, so pena que, de la exigencia de normas de rango de Ley formal, para regular situaciones jurídicas creadas bajo la vigencia de la normativa anterior, pero que no agotan sus efectos cuando la nueva entre en vigor al momento de producirse, origine un vacío legal en la regulación de las mismas , produciendo con ello una grave perturbación para el mantenimiento del servicio público de la Enseñanza de la Educación General Básica, al no poder contar ésta con la financiación absolutamente necesaria, que con arreglo a aquella normativa anterior fue establecida a cargo de los Ayuntamientos , no viéndose afectada expresamente por las normas sucesivas que les iban liberando de una parte de ella; con lo que, dicha financiación parcial, entra en el concepto de "cooperación con la Administración educativa... en el sostenimiento de los Centros Docentes Públicos", a que alude el artículo 25.2.n), de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, hasta que, en su caso, se produzca una normativa expresa que releve de dicha carga financiera y de vigilancia a los Ayuntamientos, que como residuo de situaciones jurídicas anteriores aún permanecen. Por otra parte ha de tenerse en cuenta que, el mantenimiento de dichos cargos en los Ayuntamientos no vulnera el principio de "autonomía Municipal" consagrado en la Constitución, pues el hecho de que el Delegado de Educación y Ciencia inste la consignación en los Presupuestos Municipales de una partida encaminada a dicha financiación, que como carga de los Ayuntamientos la norma establece, no hace ilusoria la capacidad de gestión de estos últimos , ni se ve mediatizada por ingerencias extrañas de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas , al encontrarse dicha actuación de estas Administra-

ciones amparada por la normativa expuesta y limitada por lo establecido en el artículo 43 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. En relación con la pretensión subsidiaria actuada en la demanda de la primera instancia e implícitamente recogida en esta apelación, en orden a que se declare la obligación de la Administración General del Estado de subrogarse en el cumplimiento de las obligaciones de financiación de los Centros de E.G.B., que pudieran ser exigidos al Ayuntamiento de Burgos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 52, de la Ley de Enseñanza Primaria de 1967, a partir de la fecha en que se cursó formalmente tal petición; ha de tenerse en cuenta que el requisito del "déficit presupuestario" alegado no ha de entenderse con la simplicidad como lo hace el Ayuntamiento recurrente ya que, tal requisito hay que ponerlo en relación con el párrafo anterior del artículo 52 del Texto Refundido de 1967 citado, que establece que los Ayuntamientos deberán consignar en su Presupuesto anual la Partida de Gastos, de actual referencia, y, mediante una interpretación finalista del mismo y dentro de un orden de prioridades de las atenciones a cubrir en relación con otros de inferior naturaleza, es menester acreditar no sólo la existencia de la deficiencia presupuestaria del Municipio en su aspecto formal, sino que dicho déficit se debe a causas excepcionales, no sólo para dichas atenciones sino también para otras de menor entidad, pues, cuando se consignan gastos en los presupuestos municipales para atender a otras actividades con la participación en la financiación de los gastos de conservación, mantenimiento y vigilancia de los Centros de E.G.B., que la normativa jurídica citada impone al Ayuntamiento en cuestión, no es serio ni jurídicamente posible, invocar el "déficit presupuestario" de su hacienda municipal, para obtener que la Hacienda del Estado se subrogue en el cumplimiento de tales obligaciones, máxime cuando el Municipio recibe ayudas del Estado o de la Comunidad Autónoma respectiva, a través de los impuestos estatales, en consideración expresa a los gastos de Centros públicos de enseñanza que debe soportar el Ayuntamiento; sin olvidar que, en virtud de las nuevas circunstancias económicas el "déficit presupuestario", hasta ciertos límites económicos asumibles por las Haciendas Públicas de cualquier orden, no es una expresión de "imposibilidad de atender gastos", sino más bien una técnica deliberada de financiación, con cargo al deterioro producido por la inflación económica, encaminada a la satisfacción de necesidades no absolutamente necesarias e imprescindibles como son las derivadas de la financiación de los gastos de actual referencia; por ello, aunque el Ayuntamiento de Burgos formalmente pruebe que habitualmente liquida con déficit sus presupuestos, ello por sí solo no le habilita para pedir la Subrogación estatal en sus obligaciones por la vía del artículo 52 del Texto Refundido de 1967 -máxime que siempre

sería preciso que se otorgara dicha posibilidad para su ejercicio-, si a la vez no prueba que en aquéllos sólo se consignan gastos derivados de obligaciones necesarios e imprescindibles que el Ordenamiento Jurídico le impone, pues , cuando en los presupuestos se consignan gastos suntuarios, ornato, etc. , de entidad cualitativa inferior en atención a sus fines que los de la financiación meritada, no se puede cargar a los presupuestos del Estado con la subrogación de los mismos. **(Sentencia de 25 de enero de 1990. Sala 3ª, Sección 3ª. MARTINEZ SANJUAN. Ar. 595.)**

### III. HACIENDAS LOCALES

#### **1. Tasas de recogida de basuras. Asignación de superficie para aplicación de la cuota. Improcedencia de computar la superficie destinada a aparcamientos.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO ( Sentencia apelada)

El problema se concreta en determinar si los 25.000 metros cuadrados destinados a aparcamientos al servicio del establecimiento han de ser computados a efectos de determinación de la cuota. El Ayuntamiento lo justifica en que la superficie total fue aceptada por la entidad en acta levantada a efectos del Impuesto de Radicación en el periodo de 1984, si bien en ella se especificaba los metros cuadrados destinados a Gran Almacén y superficie de aparcamientos. En el Real Decreto 3250/76 de 30 de diciembre para la aplicación de las bases de la 21 a la 34 de la Ley 41/75 se consigna una clara distinción en el art. 21 entre Tasa por prestación de servicios en las que su importe no podría exceder en su conjunto del coste real o previsible y art. 60 referente al impuesto de Radicación cuyo hecho imponible es la utilización o disfrute para fines industriales o comerciales, ejercicio de actividades de locales de cualquier naturaleza sitios en el término municipal, en su nº 2, se establece que a efectos de este impuesto se consideran locales, entre otras las superficies, cubiertas o sin cubrir abiertas o no al público, que se utilicen para cualesquiera actividades concretando en su art. 64 apartado e ) que la cuota en aparcamientos será la del 40 por 100. En la Ordenanza nº 64 reguladora de la tasa de recogida de basura se establece que la obligación de contribuir nace de la capacidad de producir residuos por disfrutar u ocupar una finca urbana que constituya un local comercial industrial o de negocio o vivienda independientemente.

No puede hacerse extensiva a todos los Impuestos y Tasas lo que se entiende por local al solo efecto del Impuesto de Radicación como se deriva del Articulado de regulación de aquél, y local se define como sitio o paraje cerrado o cercado y cubierto, y a efectos de la tasa es indispensable que sólo los locales del Gran Almacén son capaces de producir residuos y en todo caso nunca parangonables a los que puedan producir unos aparcamientos.

El mismo Ayuntamiento en su Ordenanza de Tasas de recogida de basura para los posteriores en 1986 establece distintos tipos aplicables art. 6º. 15 a los Grandes Almacenes y nº 23 aparcamientos, estableciendo una distinción de tipos en lo que por naturaleza es distinto, a fin de adecuar el gasto del servicio a la mayor o menor capacidad de producción de residuos.

Desde luego incumpliendo el art. 31 de la vigente Constitución la cuota establecida para los Grandes Almacenes no es progresiva, ya que de 56.000 pts. pasa a 1.000.000 dependiendo de que el Almacén tenga menos o más de 30.000 metros cuadrados no siendo necesario ser economista para observar que el coste estimado se multiplica por diecisiete según sean 29.000 metros cuadrados o 31.000 metros cuadrados salvo que se tratase de un error de imprenta y sólo se tratara de su duplicación sobrando un dígito”.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la sentencia apelada.

“Para que se revoque la sentencia impugnada es irrelevante lo que se alega por la Administración que la revocación pretende, porque sólo es insistencia en lo que, en defensa del acto recurrido, aducía al contestar la demanda y que rebatió acertadamente el Tribunal “a quo”, pues la sola circunstancia de que, con ocasión de medir el inmueble de autos, a los exclusivos efectos del Impuesto de Radicación, la Sociedad actora hubiera aceptado que la superficie total del mismo excedía de 30.000 metros cuadrados, no podía dejarla comprometida -por el principio de obligado respeto a los actos propios- para que tal medición fuera decisiva para cuantificar otro tributo a que pudiera estar sometido el mismo inmueble.

Pero es que aun entendiéndolo de modo contrario, citada conformidad sólo sería vinculante -por cierto, para ambas y no para una sola de las partes- en función de los precisos términos y condiciones en que la medición fue practicada y no en los incondicionales en que la Administración sostuvo y sigue sosteniendo, porque consta del acta formalizada al efecto que, del total de tales metros cuadrados, una buena parte correspondía a aparcamientos y no a la actividad comer-

cial estrictamente considerada, que quedaban excluidos a efectos de dicho impuesto, por lo que esa distinción de conceptos no sólo había de afectar al mismo sino también a la tasa de recogida de basuras, que en esta ocasión se cuestiona, y buena prueba de que esto es así está en que de este modo lo consideró el propio Ayuntamiento en las específicas normas por las que ésta se había de regir en el año 1986, al establecer una tarifa afectante a los locales comerciales y otra para los aparcamientos. " (Sentencia de 3 de enero de 1990. Sala 3ª, Sección 3ª. REYES MONTERREAL. Ar. 155.)

**2. Exenciones de tasas municipales. Aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente el Estado, la Provincia u otras entidades a que pertenezca el Municipio. Improcedencia de exención establecida en Ordenanza Fiscal por prestación de servicios y realización de actividades sujetas a licencia urbanística.**

"El fallo apelado desestimó recurso interpuesto en nombre y representación del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales contra acuerdos de la Alcaldía del Ayuntamiento de Palma de Mallorca relativos a liquidaciones de tasas por otorgamiento de licencias urbanísticas, con base en el siguiente fundamento de derecho: "III. Que dada la forma de conducirse las partes, la cuestión suscitada en la presente litis es estrictamente jurídica, es decir, resolver la procedencia o no de una exención tributarias y más concretamente, la del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales, por las tasas exigidas , por prestación de servicios y realización de actividades, a causa del otorgamiento de licencias urbanísticas, exención que debe estimarse inexistente, en base a los siguientes razonamientos , extraídos siguiendo las pautas marcadas por los criterios hermenéuticos fijados en el artículo 3. 1 del Código Civil: 1º. Porque Aeropuertos Nacionales, aparece configurado como Entidad Estatal Autónoma, y en su consecuencia, y según artículo 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, "con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de las del Estado". 2º. Que partiendo de la anterior conceptualización, es indudable que dicho Organismo Autónomo, no aparece mencionado, y, por tanto, no puede incluirse, dentro del término "Estado" del artículo 9.1 del Real Decreto 3250/76, de 30 de diciembre que aprobó las Normas Provisionales para la aplicación de las Bases 21 a 34 de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre referentes a los ingresos de las Corporaciones Locales , y ello en concordancia con el artículo 24 de la Ley General Tributaria que no admite la anolo-

gía en relación a las exenciones tributarias; 3º. Porque a mayor abundamiento, el artículo 202 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que constituye la normativa vigente en la materia, reproduciendo el artículo 9 anteriormente mencionado del Real Decreto 3250/76, sigue sin incluir a dichos Organismos Autónomos, mencionando, sin embargo, a diferencia de este último, y como lógica consecuencia con el Estado de las Autonomías, a las Comunidades Autónomas; 4º. Que los límites que el artículo 9 del R.D. 3250/76 impone al alcance de la exención, se encuentra el de que la tasa se genere por aprovechamientos especiales, por lo que no cabe que tal exención pueda ser extendida a aquellas tasas cuyo hecho imponible se produce por la prestación de un servicio municipal cual es el otorgamiento de la licencia urbanísticas, categoría distinta de tasas como se deriva del propio examen del Real Decreto que regula a aquéllas en los artículos 15 a 18 y a éstas en los artículos 19 a 22; y 5º. Que en consonancia con todos los anteriores razonamientos, al establecer el artículo 5 de la Ordenanza Fiscal de las Tasas por otorgamiento de licencias urbanísticas de Palma de Mallorca, las exenciones y beneficios tributarios y hacer referencia a los "supuestos establecidos en el artículo 9 del R.D. 3250/76", una interpretación adecuada del mismo, conduce a estimar no incluido en dicha exención al Organismo Autónomo actor, por cuanto el mismo no figura dentro de las entidades públicas beneficiadas, y en su lugar, porque dicho artículo 9 debe entenderse referido a las tasas por aprovechamientos especiales, pero no a las tasas por servicios como son las otorgadas en autos, y por tanto dicha referencia del artículo 5 de la Ordenanza, es en base a los supuestos de exención subjetiva, quedando excluida toda mención a las comunicaciones y defensa nacional. Los anteriores razonamientos conducen en consecuencia a estimar, de acuerdo con la conformidad de las liquidaciones al ordenamiento jurídico, el presente recurso contencioso-administrativo".

Apela el Abogado del Estado, que alega que el artículo 9 del Decreto 3250/76 exime tanto al Estado como al Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales, y tanto de las tasas por aprovechamientos como de las tasas por prestación de servicios; que lo mismo resulta del artículo 5º de la Ordenanza reguladora de las tasas por otorgamiento de licencias urbanísticas del Ayuntamiento de Palma de Mallorca; que hubiera podido aplicarse el artículo 180 del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo, en cuyo supuesto no hubiera sido necesario pedir licencia, y por tanto -y según la Sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1982 no se hubieran podido liquidar tasas, y que se dan todos los requisitos necesarios para que se aplique la exención establecida en el citado artículo 9.



En el recurso se acumularon, conforme a los artículos 44 y 45 de la Ley Jurisdiccional, las pretensiones relativas a dos liquidaciones distintas, una de las cuales excedía el valor de 500.000 pesetas (y la otra no llega a él) conforme al artículo 51. La cuantía del recurso se fijó, conforme al artículo 50 en la suma del valor de ambas pretensiones ; pero este último precepto -de la Ley Jurisdiccional, como todos los citados- añade que ello no comunicará a las pretensiones de cuantía inferior la posibilidad de apelación; todo lo cual, en relación con lo dispuesto en los artículos 94.1.a) y 10.1.a), de la misma Ley, obliga a declarar inapelable, y firme, la sentencia apelada, en lo que se refiere a la pretensión cuyo valor no alcanzaba las 500.000 pesetas. Por tanto, lo que en adelante se diga hay que referirlo, exclusivamente, a la pretensión cuyo valor excedía las 500.000 pesetas.

Frente a la tesis que la sentencia apelada mantiene en el número 4 de su fundamento de derecho III, la parte apelante dice que para que tal tesis fuera aceptable, el artículo 9 -que establece la exención- debería haber estado situado en la Sección 2ª del capítulo IV del Título I del Decreto 3250/76, que es la sección que regala las tasas por utilizaciones privativas o aprovechamientos especiales; pero que no era así, sino que lo estaba en la Sección 1ª de dicho capítulo, que contenía las "disposiciones comunes" a todas las tasas, por lo que a todas ellas (a todas las enunciadas en el artículo 6º, que es el que abre la aludida Sección 1ª ) , y no sólo a las tasas por "aprovechamientos , había que aplicar la exención que establecía. Pero este argumento el único que la parte apelante ha podido hallar en favor de su pretensión ) es absolutamente inaceptable. Aparte de que (en la misma Sección 1ª ) el artículo 8º se refería sólo a las tasas por "utilizaciones privativas o los aprovechamientos especiales" (y no a lo demás), el 9 tenía dos números ; el 1 , que establecía la exención de que se trata, se refería sólo a las tasas por "aprovechamientos", pero el 2 se refería a todas, al decir que "salvo los supuestos establecidos en el número anterior" ) "no se admitirá, en materia de tasas, beneficio tributario alguno" a todas las tasas, pues, se refería el artículo 9º; pero lo hacía estableciendo (a efectos de la exención que nos ocupa) dos reglas clarísimas y distintas: que tal exención sólo cabía en las tasas por "aprovechamientos" (y sólo en determinados supuestos) y que (salvo en tales supuestos) en materia de tasas no se admitirá beneficio tributario alguno. Es , pues, imposible que la exención prevista en el artículo 9 se aplicase a tasas que no fueran por "aprovechamientos". Y cuáles eran las tasas comprendidas en tal concepto resultaba, clara e indudablemente, relacionando tal precepto con los 6, 15 y 19 del Decreto. Según el 6, había dos clases de tasas: las tasas que utilizaciones privativas o por aprovechamientos especiales (6 a) y las tasas por prestación de servicios y realización de actividades (6 b). Y para no dejar

ninguna duda acerca de cuáles sean unas y otras, el Decreto dedicaba a las primeras la Sección 2<sup>a</sup> del capítulo ("Tasas por utilizaciones privativas o aprovechamientos especiales"), cuyo primer artículo (el 15) decía cuáles eran las "utilizaciones o aprovechamientos" que "se entenderán comprendidos en el artículo 6<sup>o</sup>,a) "y a las segundas la Sección 3<sup>a</sup> ("Tasas por prestación de servicios y realización de actividades"), cuyo primer artículo (el 19) decía cuáles eran los "servicios y actividades" que "se entenderán como comprendidos en el artículo 6<sup>o</sup>,b)". Y el "otorgamiento de licencias urbanísticas" no figuraba entre las "utilizaciones o aprovechamientos" (artículo 15), sino (con el n<sup>o</sup> 8) entre los "servicios y actividades" que (según el artículo 19) "se entenderán como comprendidos en el artículo 6<sup>o</sup>, b)". Las tasas por otorgamiento de licencias urbanísticas, no eran, pues, según el Decreto 3250/76, "tasas por aprovechamiento" (o por "utilizaciones privativas") sino "tasas por prestación de servicios y realización de actividades", y, por tanto, no podía serles de aplicación la exención prevista en el artículo 9 del mismo Decreto, y lo que de éste se ha dicho, podría igualmente decirse del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 781/86, del 18 de abril, sustituyendo por los artículos 199, 201, 202, 208 y 212 de éste los 6, 8, 9, 15 y 19 (respectivamente) de aquél, ya que -al efecto que nos ocupa- su redacción es idéntica.

Aparte de otras Sentencias -las de 15 de noviembre de 1955, 8 de noviembre de 1979 y 17 de junio de 1981, sobre el artículo 439 del Texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1950, idéntico al del texto refundido de 1955 y similar al 9 del Decreto de 1976 y al 202 del texto refundido de 1986-, esta Sala, en la de 29 de noviembre de 1989, había sentado ya (respecto del artículo 9 del Decreto de 1976) la misma conclusión expuesta en el precedente fundamento 4<sup>o</sup>. En el caso resuelto por esta Sentencia de 1989 (como en el presente) se alegaba también que la Ordenanza municipal reguladora de las tasas por otorgamiento de licencias urbanísticas establecía, para éstas, una exención equivalente a la del artículo 9 de aquel Decreto, y que hubiera podido aplicarse el artículo 180 del Texto Refundido con la Ley del Suelo, y no pedir licencia, con lo que las tasas no podrían haberse liquidado: y dicha sentencia declaró que el conflicto que derivaba de la contradicción existente entre lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto y lo dispuesto (según tal alegación) en la invocada Ordenanza municipal, a la luz de los artículos 9 (1 y 3), 103, 106 y 117 de la Constitución, 1, 5, 6 y 8 de la Ley de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, y del resto del ordenamiento jurídico aplicable -artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley Jurisdiccional y Disposiciones Reguladoras de la Administración Local con aquellos concordantes- ha de resolverse en el sentido de que la exención establecida por la Ordenanza Local no es aplicable para contravenir ésta lo dispuesto

en el artículo 9 del Decreto 3250/76, que no permite una exención como la establecida en tal Ordenanza; y que "a ello no puede oponerse el razonamiento contenido en la alegación que el Abogado del Estado añade -en esta 2ª instancia- a las formuladas en la 1ª, porque parte de este supuesto ( puramente hipotético) inconciliable con el de hecho que originó la liquidación: que la Administración del Estado solicitó y obtuvo, una licencia municipal de obras". El principio de unidad de doctrina, manifestación, a su vez , de los de seguridad jurídica e igualdad, impone reiterar en el presente caso la que sentó aquella sentencia, y, sin necesidad de entrar a examinar el alcance subjetivo de la exención establecida en el artículo 9 del Decreto 3250/76 y en el 202 del Texto Refundido de 1986, desestimar la apelación, sin costas, por no darse las circunstancias que prevé el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional. **(Sentencia de 12 de febrero de 1990. Sala 3ª, Sección 45. ORTOLA NAVARRO. Ar. 1406)**

#### IV.- EMPLEO PUBLICO

- 1. Sistemas de acceso a la función pública local. Necesidad de hacerlo mediante oposición libre salvo cuando por la naturaleza de las funciones a cumplir sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición y excepcionalmente el concurso. Baremo de méritos que vulnera el principio de igualdad porque valora de muy diferente manera los servicios prestados ante la Corporación que convoca el concurso y los prestados ante cualquier otra.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

"Se impugna en el presente procedimiento, por la vía de la desestimación presunta del recurso de reposición, la Resolución de 18-9-85 de la Diputación Provincial de Málaga que convoca concurso libre para la provisión de 34 plazas de funcionarios del Subgrupo de la Administración Especial, Médicos Especialistas, alegando en síntesis las recurrentes, que el sistema de concurso de méritos no es el adecuado, cuando se trata, cual aquí acontece, del acceso a la función pública, de la obtención de la condición de funcionarios, y que en todo caso el baremo de méritos que había de regir el concurso, viola el principio de igualdad y el de mérito de capacidad, y determina por si solo las personas o profesionales que han de resultar nombradas , y por ello solicitan la anulación de la resolución impugnada y la de los actos posteriores dictados en ejecución de aquélla, a lo que se opo-

nen tanto la Corporación demandada, cual los profesionales que tras participar en el citado concurso, obtuvieron las plazas, alegando, que la convocatoria reúne los requisitos de fondo y forma exigidos por el ordenamiento y que conforme a la jurisprudencia que citan, las valoraciones del Tribunal no son revisables, por lo que interesan la desestimación del presente recurso.

En relación con la primera cuestión de las antes citadas, la relativa, a si el concurso libre es o no el sistema adecuado para proveer en propiedad plazas de funcionarios, hay que estimar con los recurrentes que no es ciertamente el adecuado y ello a pesar de que tanto la Ley 20/84, Medidas para la Reforma de la Función Pública, como la Ley 7/85 sobre el Régimen Local, cuando se ocupan, respectivamente en sus artículos 19 y 91, de la selección de personal, se refieran a los sistemas de concurso, oposición o concurso oposición sin otorgar prioridad o prevalencia a ninguno de ellos, de lo que a priori cabría aceptar que el Organismo o la Corporación convocante podía adoptar, cualquiera de estos sistemas y con ello cumplir la exigencia legal, pues a pesar de esa primera apreciación, es lo cierto, que la propia Ley 30/84, en el mismo artículo 19, dispone que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo, y si esos procedimientos de selección han sido establecidos por el Real Decreto 2223/84, que en su artículo 4, previene que el acceso a los Cuerpos y Escalas de Funcionarios de la Administración Civil del Estado será a través del sistema de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso oposición y excepcionalmente el concurso, y si a ello se agrega que el artículo 20 de la citada Ley 30/84, al regular la provisión de puestos de trabajo, se refiere al concurso y a la libre designación y que al permitir en su disposición transitoria sexta el acceso a la función pública de los contratados o interinos lo hace o condiciona a la realización y superación de unas pruebas selectivas, es claro, que tal regulación se infiere que el sistema normal de acceso a la función pública es el sistema de oposición y que sólo se puede adoptar otro cuando se justifique, se razona adecuadamente que concurren los supuestos precisos para adoptar el de concurso oposición o incluso excepcionalmente el concurso, y siendo así, que tal normativa es aplicable a la Administración Local en cuanto el artículo 100 de la Ley 7/85, atribuye la competencia del Estado, para establecer reglamentariamente las reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y posteriormente el Real Decreto 781/86 en su artículo 133 además de reproducir en parte el artículo 19 de la Ley 30/84, dispone que el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local se ajustará a la legislación básica

del Estado sobre función pública y el artículo 134, la aplicación supletoria del Real Decreto 2223/84, hay que declarar no adecuada a derecho, la actuación de la Administración, que dispone el acceso a la condición de funcionario por el sistema de concurso, olvidándose que el sistema que el Ordenamiento previene es el de oposición y sin justificar que concurran los supuestos o condiciones necesarias para adoptar los sistemas sustitutorios que también el Ordenamiento previene.

A lo anterior en nada obsta, que la Corporación refiera que se trataba de la cobertura de unas plazas por profesionales que ya las venían desempeñando, pues para tales supuestos, tanto la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, cual la Ley 7/85, al tiempo que regulan los supuestos en que ello procede en sus disposiciones transitorias sexta y octava, también disponen sin excepción, que los afectados han de superar las pertinentes pruebas selectivas, y tal exigencia no se cumple, con la mera participación en un concurso de méritos, cual el que dispone la resolución impugnada, que no obliga a los participantes a la realización y superación de prueba alguna, como la norma exige y ha sido desarrollado para la Administración del Estado y para la Administración Local, respectivamente, por los Reales Decretos 152/85, de 6 de febrero y 2224/85, de 20 de noviembre.

De otra parte y aunque se aceptara, o pudiera partirse de que la Corporación demandada podía utilizar el concurso libre de méritos para la provisión en propiedad de plazas de funcionarios, también por el baremo de méritos que él mismo establece procedería la anulación de la convocatoria, pues, ciertamente, cual los recurrentes ponen de manifiesto, el baremo de méritos por el que ha de regirse el concurso, vulnera el principio de igualdad, pues, por un lado se valoran de muy diferente manera los servicios prestados ante la Corporación que convoca el concurso y los prestados ante cualquier otra Corporación o Administración y por otro se otorga tal prioridad a los servicios prestados ante la Corporación que convoca el concurso, que resulta difícil, casi imposible que pueda competir un Médico que no haya prestado servicios en la Corporación demandada con otro que en ella los haya prestado, pues de una parte los servicios prestados ante la Corporación demandada se valoran de 0, 1 a 0,6 puntos, de otra los prestados ante cualquier otra Corporación o Administración se valoran de 0,02 a 0,03 puntos y en fin los demás méritos que de forma general se establecen pueden llevar en un expediente importante a obtener hasta 0,75 puntos, lo que permite o posibilita, cual los recurrentes refieren la equiparación entre un Médico contratado durante quince días en la Corporación demandada, como otro, que tenga hasta cinco años de docencia y también otro contratado por la Corporación demandada durante un año con otro que haya desempeñado los mismos servicios ante otra

Administración durante veinte años, y no obsta a lo anterior, el que la Corporación demandada alegue, que no puede esta Sala entrar en la valoración que el Tribunal ha hecho y cita al respecto la Jurisprudencia aplicable, pues una cosa ciertamente es, que la Jurisdicción contenciosa no altere las valoraciones o apreciaciones discrecionales que el Tribunal según las bases del concurso tenga y otra muy distinta que pueda apreciar si el baremo que el Tribunal ha de aplicar se ajusta o no al ordenamiento, que es lo que aquí acontece y sin que por último a lo anterior se oponga el hecho, de que el Real Decreto 2224/85, dictado para regular el acceso a la Función Pública Local de personal contratado, haya establecido un sistema de valoración de los servicios prestados que coincide con el que la Corporación demandada ha señalado en la resolución aquí impugnada, pues ese Real Decreto, por un lado establece un límite en la puntuación de los servicios prestados, límite que en la convocatoria impugnada no aparece y por otro, el citado Real Decreto, también dispone que los funcionarios contratados han de superar unas pruebas selectivas, pruebas que no aparecen en la resolución impugnada, en definitiva, que mientras la Corporación demandada ha pretendido nombrar como funcionarios a los que ya prestaban el servicio, sin más que acudir al concurso y sin realizar ni superar prueba alguna, el Ordenamiento lo que establece para adquirir la condición de funcionario a los que ya venían contratados es que participen en unas pruebas y que las superen sirviéndose para ello de los servicios prestados, pero ello como ayuda y complemento y no como razón o causa única de su nombramiento que es lo que indebidamente la Corporación demandada ha pretendido, por lo que procede anular la resolución impugnada y con ella los demás actos que en su base y desarrollo se hayan producido, cual los recurrentes interesan.

No son de apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes a los efectos de una concreta imposición de costas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada y, "Ante las contundentes razones que se dan por la Sala de primera instancia para considerar acreditado que la finalidad exclusiva del llamado concurso de méritos libre convocado por la Diputación Provincial de Málaga para cubrir en propiedad treinta y cuatro plazas de Médico no era otra que la de adjudicárselas a quienes venían desempeñándolas en calidad de contratados laborales, la argumentación desarrollada por los apelantes para fundar su recurso se limita a aceptar la veracidad de esta circunstancia, pretendiendo justificarla jurídicamente con la indicación de que el sistema selectivo se utilizaba como me-

ra cobertura formal para consolidar la situación de inamovilidad de la que ya disfrutaban en todo caso los médicos que prestaban sus servicios a la Administración en régimen laboral, invocando en tal sentido el artículo 50 del Convenio Colectivo, que obliga a la Diputación a "readmitir, con todos sus derechos, a los trabajadores sobre los que recaiga sentencia de despido improcedente o nulo".

El sorprendente razonamiento, en el que de un simple artículo de un Convenio Colectivo se extrae la consecuencia de que ya no existe diferenciación alguna entre los funcionarios de carrera y los contratados laborales y en el que se da por bueno que a partir de esta falsa premisa puede hacerse tabla rasa, no solamente de los preceptos que se citan en la sentencia impugnada, sino también de los artículos 23.2 y 106.3 de la Constitución, al no respetar ni las condiciones de igualdad ni los principios de méritos y capacidad en el acceso a la función pública, en cuanto que se hacía casi imposible acceder a las plazas convocadas a quienes no las hubieran ocupado con anterioridad, nos obliga a desestimar la apelación y a entender, además, que fue interpuesto temerariamente, al fundarse en un motivo tan inconsistente que los propios apelantes se habían ocupado muy especialmente de negar su existencia en el hecho segundo de sus respectivas demandas, lo que determina también que debamos imponerles las costas que se hubieran podido causar en esta instancia, de acuerdo con el artículo 131. 1 de la Ley de la Jurisdicción. **(Sentencia de 27 de marzo de 1990. Sala 3ª, Sección . TRILLO TORRES. Ar. 2519.)**

## V. - ACTOS ADMINISTRATIVOS

- 1. La vulneración del requisito temporal de los actos administrativos no pasa de ser una irregularidad no invalidante, pero esta regla encuentra excepciones en los supuestos de plazos que operan como límite para la actuación de la potestad administrativa, lo que ocurre en el supuesto de la potestad sancionadora. La presunción de legalidad de los actos administrativos desplaza sobre el administrado la carga de accionar, pero no afecta a la carga de la prueba.**

Ciertamente y con carácter general las actuaciones administrativas son válidas aunque se realicen fuera del plazo -artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo-. La vulneración del requisito temporal de los actos administrativos no pasa de ser una irregularidad no invalidante.

Pero esta regla encuentra excepción, ya advertida en el mencionado precepto, en los supuestos de plazos que operan como límite para

la actuación de la potestad administrativa, lo que claramente ocurre en el supuesto de la potestad sancionadora por razones de seguridad jurídica comunes a todo el Derecho punitivo.

En consecuencia el ordenamiento jurídico urbanístico ha previsto expresamente la prescripción de las infracciones -arts. 230 del Texto Refundido, 92 del Reglamento de Disciplina Urbanística y hoy art. 9<sup>o</sup> del Real Decreto-Ley 16-1981, de 16 de octubre- fijando un plazo que si ahora es de cuatro años para las obras terminadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16-1981 era en cambio de un año para las anteriores.

La presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para evitar la producción de la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales -Sentencias de 23 de octubre de 1989, 29 de enero de 1990, etc.-.

Estas indican que cada parte soporta la carga de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor -esta es la solución elaborada por inducción sobre la base del art. 1214 del Código Civil-.

Así las cosas la Administración ha de probar los hechos que integran la infracción administrativa -recuérdese la presunción de inocencia establecida en el art. 24,2 de la Constitución y plenamente aplicable en el campo de la potestad sancionadora de la Administración- y es el administrado el que ha de acreditar los datos de los que derive la prescripción que esgrime a su favor.

Y efectivamente así lo ha hecho en el supuesto litigioso el en su día demandante y ahora apelado pues las fotografías aéreas aportadas prueban que las naves cuya construcción ha dado lugar a la sanción existían ya en 1975.

Ello implica pues -la regla en esta materia es precisamente la prevista en el art. 92.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística- que desde dicho año existían signos exteriores que permitían conocer los hechos constitutivos de infracción, pudiéndose así incoar el procedimiento y corriendo por tanto el plazo de prescripción. Dado que el expediente se inicia en 1982, es claro que para entonces había transcurrido con exceso el plazo de un año aquí aplicable.

La parte apelante alega ahora que las naves actuales podrían ser nuevas y construidas en sustitución de las anteriores. Pero este hecho o suposición es una cuestión nueva que no pudo ser objeto de prueba en la primera instancia y que además hubiera debido ser acreditada por la Administración en cuanto tendente a desvirtuar unos hechos probados y normalmente bastantes para provocar la prescripción. **(Sentencia de 13 de febrero de 1990. Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>. DELGADO BARRIO. Ar. 965. )**



## VI. - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

**1. Disposiciones de carácter general. Normas emanadas de Comunidades Autónomas. No procede su nulidad por falta del Dictamen del Consejo de Estado. Omisión de audiencias a posibles afectados. Nulidad por falta de informe de la Secretaria General Técnica.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Sentencia apelada)

Por don Alberto M.S.P. , doña Carmen E.S. , don Ramón L.P. , don Blas S.C. , la entidad "F.I.C;S.A. " (FOMINCASA) y la entidad "A. de A. de A. ", se impugnan en el presente procedimiento, comprensivo de cinco recursos contencioso-administrativos acumulados , los siguientes actos: 1º ) , el Decreto 11/83, de 21 de enero, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba el Plan de Saneamiento correspondiente del ámbito territorial de La Zona 5ª y su régimen económico y financiero; 2º ) , la Orden de 21 de abril de 1983, del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas , de la Generalidad de Cataluña sobre normas relativas a la intervención de las entidades suministradoras de agua, en aplicación del programa de actuaciones y financiamiento del Plan de Saneamiento de la Zona 5ª, 3º ) , el acuerdo de la Comisión de Precios de Cataluña, de 13 de enero de 1983, aprobando el complemento de tarifas y canon de saneamiento aplicables a los consumos domésticos e industriales, incluidos en el citado Plan de Saneamiento de la Zona 5ª, y la desestimación presunta del recurso de reposición deducido contra dicho acto; y 4º ) , el acuerdo de la Junta de Saneamiento, de 15 de febrero de 1983, en relación con determinadas competencias de dicha Junta, y la desestimación expresa de la alzada formulada contra el mismo, por el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña. Se interesa en las demandas articuladas la declaración de nulidad de todas las disposiciones recurridas. Por otra parte, la Administración demandada, insta la inadmisibilidad de los recursos, con base en los siguientes: A) , falta de capacidad procesal de los entes colectivos recurrentes, por inexistencia de acuerdo previo sobre el ejercicio de acciones en sede jurisdiccional; B) , falta de recurso de reposición previo a la vía judicial; y C) , falta de legitimación de los recurrentes, por impugnarse disposiciones generales que no pueden ser cumplidas directamente por los administrados, por precisar un previo acto de requerimiento o sujeción individual. Con carácter subsidiario se pide la desestimación de las demandas.

Respecto a la impugnación directa del Decreto 11/83, de 21 de enero, la temática a dilucidar, que se desprende de los alegatos vertidos al efecto por las partes, puede resumirse así: A) , según los recurrentes, el expediente se ha remitido por fotocopias y no original, con vulneración del artículo 61 de la Ley Jurisdiccional, por lo que los actores lo rechazan y sostienen que no ha existido expediente previo a la formación de la disposición general recurrida; B ) , incumplimiento de los tres apartados del artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por falta de los estudios e informes previos que tal precepto exige, no conservación de los documentos que señala y ausencia de tabla de vigencias; C) , determinar si se ha cumplido o no lo imperado en artículo 130 de la citada Ley, en cuanto al informe de la Secretaria Técnica u otro órgano equivalente, dictamen del órgano consultivo que proceda, concretamente, del Consejo de Estado, y carencia de los informes o consultas aludidos en el apartado 4 de dicho precepto, con las matizaciones de los apartados siguientes; D) , si como secuela de los defectos anteriores cabe postular la nulidad absoluta del Decreto cuestionado, por ausencia total del procedimiento establecido; E) , si se da la falta de competencia del ente actuante, en relación con las competencias de la Administración Central y Municipal; y F) , si se infringe la Constitución por discriminar al Decreto impugnado a las personas afectadas, en varios aspectos.

Entrando ya en el primero de los temas suscitados respecto al Decreto 11/83 , de 21 de enero, se advierte que los actores denuncian infracción de lo establecido al respecto en el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y al efecto se ha de notar lo siguiente: A) , analizando detenidamente todos y cada uno de los expedientes remitidos se advierte que el Decreto impugnado tiene su cobertura en la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1951, de 4 de junio, sobre desarrollo legislativo en materia de evacuación y tratamiento de aguas residuales, y, por ende, el mentado Decreto está amparado en la disposición final primera de dicha Ley, que autoriza al Consell Executiu para que dicte las disposiciones necesarias para la aplicación y el desarrollo de la Ley; B) , es de ver que la Junta de Saneamiento, creada precisamente por la mencionada Ley (artículo 4º ) , en sesión celebrada en 26 de noviembre de 1952, debatió el Plan de Saneamiento de la Zona 5, informándolo favorablemente; C ) , en la Memoria y documentos acompañados se hace un amplio estudio del tema, y una específica referencia a que se han recogido los programas desarrollados por la Corporación Metropolitana de Barcelona, por el Consorcio de Infraestructura Sanitaria de la Provincia de Barcelona, adaptando sus determinaciones programadas no previstas en los programas anteriores , todo lo cual, explica la Memoria, constituye el Plan Básico de la Zona 5, se aduce además en dicha Memoria un conjunto de ac-

tuaciones no programas que complementan los efectos del Plan Básico para obtener los objetivos de calidad del Plan Zonal, figurando además un estudio económico-financiero; D) , de todo lo anterior se infiere que en modo alguno se ha vulnerado el artículo 129. 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues se han realizado los estudios e informes previos imperados por dicha norma; E ) , tampoco se ha infringido el apartado 2 del artículo 129 porque la prueba de que se han conservado los datos y documentos en dicho apartado aludidos, es que el Tribunal, al menos en buena parte, los tiene a la vista; F) , la Omisión de la tabla de vigencia aludida en el apartado 3 del repetido artículo 129 , no puede tener los radicales efectos que los actores desean, porque como proclama reiterada jurisprudencia -entre otras, la Sentencia de la Sala 4ª de 25 de abril de 1984- tal comisión no supone, por si, causa de entidad bastante para afectar la validez de las normas, por no establecerse en la Ley de Procedimiento Administrativo dicho trámite como requisito de ineludible observancia. De todo lo anterior ha de concluirse que los alegatos de los recurrentes fundados en la vulneración de los tres apartados del artículo 129 de la mencionada Ley, no tienen operatividad a los pretendidos efectos anulatorios que se postulan.

Se alega también violación del artículo 130.3 por no someter la disposición referida (el Decreto 11/83) a dictamen del órgano consultivo procedente, concretamente, del Consejo de Estado; y no puede prosperar lo alegado al respecto, por lo siguiente: A) , como señala el artículo 3º del Código Civil, de general aplicación, 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 que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas , y es bajo este prisma como ha de analizarse el tema referido; B) , tanto en el artículo 107 de la Constitución, como en el artículo 1º de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, dicho ente se configura como el supremo órgano consultivo "del Gobierno", y, por ello, en los artículos 21 y 22 de dicha Ley Orgánica, se determinan los casos en que el Consejo de Estado, en pleno o su comisión permanente, ha de ser consultado, estableciéndose, concretamente, en el artículo 22.3 , la necesidad de tal consulta en los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones; C) , sin embargo, en el artículo 23.1 se establece con carácter facultativo, para las Comunidades Autónomas , la posibilidad de recabar dicho dictamen en los asuntos que se estime conveniente, dictamen que, según el párrafo segundo de dicho artículo es preceptivo "en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado" , de lo que se infiere que el nervio de la cuestión estriba en determinar el alcance de esta normati-

va; D) , ciertamente en el Estatuto de Autonomía de Cataluña nada se matiza al respecto, pero no ocurre así en el regulador de la Comunidad Autónoma Andaluza, pues en su artículo 44 se señala que se recabará dictamen del Consejo de Estado en los Reglamentos Generales que la Comunidad Autónoma dicta "en ejecución de leyes estatales" y no resulta válido el argumento de que si bien para Andalucía se hace distinción entre el desarrollo de Leyes del Estado y Leyes de la Comunidad Autónoma, al no hacerse en el Estatuto Catalán, resulta obligatorio el informe del Consejo de Estado en todo caso, pues esta interpretación, ciertamente simplista, pugna con los criterios racionales que deben presidir una correcta hermenéutica, plasmados en el tenor del artículo 3º del Código Civil, antes aludido: y E) , por tanto, como secuela de todo lo expuesto, y a la vista de los principios que emanan de la propia Constitución Española, ha de concluirse que el sentido propio del artículo 23.2 de la Ley Reguladora del Consejo de Estado, establece el dictamen de dicho Alto Organismo con el carácter de preceptivo, en los mismos casos previstos en la Ley para el estado, es decir, en los supuestos de ejecución de leyes estatales , que son, precisamente, los que contempla el artículo 22.3 de la Ley, y no, como ocurre en el supuesto contemplado en la litis, cuando se trate de desarrollar una ley no estatal, sino emanada de los órganos legislativos de la propia Comunidad Autónoma, como es la Ley del Parlamento de Cataluña, 5/81, de 4 de junio, que se desarrolla, precisamente, en el impugnado Decreto 11/83, de 21 de enero.

Distinta suerte merece la denunciada infracción del artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto ordena que los proyectos de disposición de carácter general, antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos , habrán de ser informados por la Secretaria General Técnica o, en su defecto, la Subsecretaria del Departamento respectivo, trámite omitido en el "iter" que llevó a la promulgación del Decreto cuestionado, siendo de resaltar sobre este tema lo siguiente: A) , según la más autorizada doctrina no se trata de una particularidad del procedimiento de la que pueda prescindirse, en función de que produzca o no indefensión, porque su finalidad no es única o necesariamente de protección de los intereses de los particulares, sino de garantía intrínseca de acierto de la propia disposición, en aras del mejor servicio al interés público; B) , la Jurisprudencia es tajante al respecto, pudiendo citarse, a título de ejemplo, las siguientes resoluciones: la Sentencia de 20 de enero de 1984 (Sala 3ª ) , declara que el informe de la Secretaria General Técnica es "requisito esencial en los proyectos de disposición de carácter general, antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos , y su omisión constituye una infracción formal insubsanable, que por imperativo de los artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y

26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, lleva aparejada su nulidad de pleno derecho” ; la de la misma Sala 3ª, de 21 de enero de 1984 , que declara la nulidad del acto impugnado por faltar los antecedentes , estudios y Memoria imperados en el artículo 129, y, específicamente, “un dictamen o informe de la Secretaría Técnica correspondiente que pueda calificarse de tal” , estableciendo que cuando la Ley dispone unas normas de procedimiento, dentro del cual hay unas actuaciones que tienden a poner de manifiesto las razones de oportunidad, legalidad y acierto, “todas ellas fiscalizables por esta Jurisdicción”, la omisión de tales requisitos equivale a prescindir de la parte esencial del procedimiento, y, por lo tanto, a viciar el acto final con vicio de nulidad radical “en lo que también incide por la ausencia del informe de la Secretaria General Técnica o Subsecretaria del Ministerio que preceptivamente exige el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo” ; la de la misma Sala de 13 de febrero de 1984 que estima cumplido el requisito que nos ocupa al haberse remitido por fotocopia el informe de que hablamos , argumento éste de algún modo relacionado con lo aducido al respecto por los recurrentes ; la de la Sala 4ª del Alto Tribunal de 14 de febrero de 1984 , que alude a la obligatoriedad del repetido informe; la de la misma Sala 4ª, de 24 de mayo de 1984 que, en el caso que contempla, estima cumplido dicho requisito; y la de la misma Sala de 23 de mayo de 1985 que atribuye y califica la falta de informe de la Secretaria General Técnica, como “vicio esencial determinante de nulidad por reiterada jurisprudencia”; C) , de todo lo anterior se infiere la decisiva trascendencia que tiene la existencia del informe previo que nos ocupa, siendo de notar que, tras un detenido examen de cuantos datos ha aportado la Administración, no se constata que el indicado informe se emitiera, al contrario de los estudios y antecedentes aludidos en el artículo 129 de la Ley Procedimental, que si tuvieron realidad, como se explica anteriormente, y al contrario también de lo que aparece en la preparación de la Orden, igualmente recurrida, de 21 de abril de 1983 , pues aunque de modo escueto, se alude a tal informe, en escrito del Jefe de Servicio Jurídico de 20 de abril de 1983, indicando expresamente que tal informe se emite a los efectos de lo prevenido en el artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo; sin embargo, respecto al Decreto cuestionado, ni siquiera aparece una referencia al repetido informe, de lo que ha de concluirse, necesariamente, su inexistencia, pues no cabe procesalmente pensar que si se emitió tal informe y no se ha aportado, ya que, denunciado amplia y cumplidamente el defecto por los actores, ya en la litis, la Administración demandada se ha limitado a restar importancia a estas deficiencias “formales” y manifestar escuetamente

que se cumplieron las exigencias legales , pero sin aportar una constatación fáctica de tal afirmación; y D) , como secuela de lo razonado con anterioridad, se está en el caso de declarar la nulidad del Decreto impugnado.

Para cerrar el tema de los óbices procedimentales aducidos contra el citado Decreto, es necesario examinar la invocada vulneración de lo normado en los apartados 4 y 5 del repetido artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto a los informes e información pública que en ellos se señalan; y al efecto es de ver que reiterada jurisprudencia, de la que puede ser exponente la Sentencia de la Sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1984 , y las propias resoluciones antes citadas, hace hincapié, dado el claro tenor de la norma dicha, en el carácter facultativo y discrecional que para el Organo actuante tiene la petición de informes a las entidades que cita, o la misma decisión de someter a información pública el proyecto de disposición de que se trate, siendo de notar que, pese a ese carácter discrecional, en el párrafo 6 del mismo artículo 130, sólo se faculta al Ministro para prescindir de tales trámites, en los asuntos que indica y por razones de urgencia, mediante acuerdo motivado; por tanto, del espíritu que emana de dicha normativa, habrá de concluirse que no puede confundirse la discrecionalidad, rectamente entendida y basada en razones de interés público, con la mera voluntad de la Administración de prescindir de tan razonables requisitos procedimentales, máxime si se tiene en cuenta las características, alcance e incidencia de la norma cuestionada; debiendo concluirse de todo ello, que si bien la omisión que analizamos no sería susceptible por si sola, y dada la aludida discrecionalidad de viciar de nulidad el acto combatido, si se une la deficiencia que comentamos, a la infracción de la exigencia plasmada en el artículo 130.1, se corrobora más , si cabe , la necesaria declaración de nulidad del Decreto en cuestión.

Sin embargo, pese a lo que aducen los recurrentes , no puede predicarse que la nulidad del Decreto 11/83, comporte también la del Acuerdo de la Junta de Saneamiento, de 15 de febrero de 1983 , que regula aspectos internos del funcionamiento de dicha Junta, y ello porque tal acuerdo no deriva del impugnado Decreto, sino de la Ley 5/1981, de 4 de junio; desde otro aspecto, es de ver que el recurso de alzada deducido contra dicho acuerdo fue declarado inadmisibile por la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, en Resolución de 16 de mayo de 1983, y ello por falta de legitimación de los recurrentes, dada la naturaleza de dicha disposición; y ha de estimarse acorde a derecho la decisión que declara inadmisibile dicho recurso de alzada, pues claramente se advierte que los recurrentes no estaban legitimados para deducirlo, como se infiere del artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no existiendo acción pública en esta materia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO ( Tribunal Supremo )

Recurrida en apelación la Sentencia de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona que declaró la nulidad del Decreto de 21-1-83 del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña por el que se aprobó el Plan de Saneamiento de la Zona 5ª y su régimen económico y financiero, la Orden del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de ese Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 21-4-83, la Resolución de la Comisión de Precios de 13-1-83, y la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra el mismo, previo rechazo de la inadmisibilidad de los recursos interpuestos contra esas Disposiciones y Acuerdo alegado por la Generalidad de Cataluña en base a la falta de formulación del recurso de reposición contra el Decreto y Orden citados, no estar legitimados los recurrentes y no haber aportado los demandantes "F.I.C. ,S.A. " y la "A. de A. de A. " el acuerdo previo para el ejercicio de las acciones a que se contraen las reclamaciones contencioso-administrativas objeto de acumulación, y desestimando la sentencia apelada el recurso interpuesto contra el Acuerdo del meritado Departamento de la Generalidad de Cataluña de 16-6-83 que declaró inadmisibles los recursos de alzada formulados con el de la Junta de Saneamiento de 15-2-83, procede examinar, en primer término, los motivos aducidos por la Generalidad de Cataluña como fundamento de su pretensión de que se revoque la sentencia recurrida, se declare la conformidad de las disposiciones y actos anulados, se desestimen los recursos interpuesto, y se confirme el pronunciamiento del Tribunal de instancia que rechazó el recurso contra la resolución de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad, y seguidamente se dilucide la procedencia de la apelación articulada por la representación de las personas particulares y entidades comparecidas en esta instancia y su pretensión de que se anule el acuerdo de la Junta de Saneamiento declarado conforme a Derecho por la sentencia recurrida. Por la Generalidad de Cataluña se ha reiterado en esta apelación, substancialmente, lo ya expuesto como fundamento de su pretensión de que se declaren inadmisibles los recursos interpuestos por las causas a que se hace mención en el apartado anterior y correctamente examinadas y rechazadas por el Tribunal "a quo", a cuyo efecto procede afirmar respecto al recurso de reposición que las reclamaciones interpuestas contra el Decreto y Ordenes impugnadas lo fueron directamente según lo dispuesto en el artículo 39-1 ) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27-XII-56 exceptuados de la necesidad de ese recurso conforme a lo determinado en el artículo 53-e) del mismo Cuerpo Legal; sin que el hecho

de estimar legitimados los recurrentes en función del interés directo a que se refiere el art. 28-l-a ) de esa Ley sea óbice a la doctrina que mantiene la sentencia recurrida, toda vez que la procedibilidad de la impugnación al entender legitimados las personas particulares y entidades de Derecho Privado en los que no concurre la circunstancia de las referidas en el apartado b ) del precepto no determina que deba atribuirse a las disposiciones recurridas la naturaleza de las que deben ser cumplidas directamente por los administrados, y, por ende, no estar excluidas del recurso de reposición; no pudiendo estimarse modificada a efectos procesales el contenido de una disposición general contra la que se admita un recurso por personas individuales o colectivas en los que incide un interés directo, ya que es desde la vertiente de ese interés que la Jurisprudencia ha flexibilizado el concepto de legitimación, para no poner Obstáculos al derecho a Obtener la tutela judicial efectiva de un derecho o interés legítimo, artículo 24 de la Constitución, y que con anterioridad a su promulgación declaró legitimadas dichas personas para interponer recursos directos contra las disposiciones generales, debiendo considerarse, entre otras motivaciones, que cuando las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo no recurrieran las que afecten directamente a esos intereses , puedan hacerlo aquellas entidades o personas individuales directamente afectados sin tener que esperar la adopción de un acto de aplicación individual, que de no existir una declaración de nulidad de la disposición de la que trae causa, podría dar lugar a la reiteración de actos singulares anulables de ser nula aquélla; legitimación por tener un interés directo que en este caso resulta patente ya que las recurrentes , personas individuales, entidad mercantil y asociación, están domiciliadas dentro del ámbito Territorial de la Zona 5<sup>a</sup> de la Comunidad Autónoma de Cataluña: cuencas del Llobregat, Besós, Anoia y Foix, y arrollos costaneros desde Caldetas al Besós así como los del macizo de Garraf, según se determina esa zona en el artículo primero-2 ) del Decreto de 21-1-83; y, por ende, del Plan de Saneamiento y las medidas económico-financieras que comportan su implantación aprobada se deducen unas Obligaciones de naturaleza económica relativas al coste de ejecución de ese Plan, conforme con la Ley de 4-6-81, a cargo de los recurrentes que hacen Obvia su legitimación; así como la falta de un acuerdo previo de la entidad recurrente "F.I.C., S.A. " para recurrir, dados los términos de poder otorgado a su representante legal y la defensa de intereses directos de la Sociedad y el no haber puesto la Administración impedimentos a su intervención en el expediente administrativo, no cabe admitir una discrepancia de la entidad ante la actuación de su representante, sin que, por otra parte, deba imputarse esa carencia y



su falta de subsanación a efectos de la inadmisibilidad procesal, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 57-3 ) de estimar el Tribunal que debía haberse aportado el documento acreditativo de ese acuerdo debió concedérsele el término de diez días para su subsanación en el supuesto de que por los Estatutos Sociales fuera preceptivo, lo que no ha intentado probar la Administración demandada; de todo lo cual se infiere que deben rechazarse las causas de inadmisibilidad aducidas por la Generalidad de Cataluña en su escrito de alegaciones, e implícitamente objeto del pedimento de que se desestimen los recursos interpuestos y se declaren ajustados a derecho las disposiciones y actos anulados por la sentencia recurrida. En lo que se refiere a la causa de nulidad en que se funda la sentencia apelada, fundamento octavo; haberse infringido el artículo 130-I ) de la Ley de Procedimiento Administrativo, procede hacer, en relación con los motivos aducidos por la Generalidad de Cataluña en este recurso de apelación, los siguientes razonamientos: 1º) La aplicabilidad del mentado artículo de la Ley Procedimental Administrativa a las Comunidades Autónomas en la elaboración de las disposiciones administrativas que promulguen sus órganos de gobierno según el artículo 149-I-18ª) de la Constitución por el que se declara la competencia exclusiva del Estado en la regulación del procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de su propia organización, competencia que no contradice la de organizar las Comunidades Autónomas sus órganos de autogobierno, toda vez que por el mentado artículo 149-I-16ª ) se garantiza la igualdad de trato de todos los administrados de la Nación como se explicita en ese precepto. 2ª ) La inexcusable emisión del informe preceptivo por la Secretaria General Técnica, u órgano competente según las disposiciones de la Comunidad Autónoma, como garantía de acierto técnico jurídico de la disposición; que en este supuesto no se produjo por ninguno que tuviera atribuida una función de asesoramiento del competente para elaborar o promulgar el Decreto impugnado de 21-I-63. 3ª) El Decreto de 4-2-63 publicado en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 16-2-63 no entró en vigor hasta el día siguiente, según lo dispuesto en su disposición final Segunda; asumiendo las funciones en el mismo atribuidas a las Secretarías Generales a partir de la vigencia del mismo, de lo que se deduce que aquéllas eran las previstas en el artículo sexto de la Orden de II-XI-60 dictada en desarrollo del Decreto de 3-X-60; la elaboración de informes, dictámenes, y estudios en relación con todos los asuntos de carácter técnico-administrativo, ya que las funciones de las Secretarías Generales creadas en sustitución de las Técnicas por la Ley del Parlamento de Cataluña de 34-3-62 no habían tenido el consiguiente desarrollo reglamentario; no habiéndose derogado el Decreto de 16-9-76 y disposiciones complementarias sobre organi-

zación y competencias de las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos de la Generalidad hasta la entrada en vigor del mentado Decreto de 4-2-83 según su disposición final primera; por lo cual en el tiempo en que se elaboró el Decreto recurrido se mantenían las funciones y denominación de las Secretarías Generales Técnicas; sin perjuicio de que en virtud del artículo 2<sup>o</sup>-b-3) de esa disposición no se deroga, lo que sería contrario a la norma constitucional indicada y al artículo 130-1) de la Ley de Procedimiento Administrativo, la exigencia de trámite a que se contrae este precepto, pues la función atribuida a las nuevas Secretarías Generales de elaborar y tramitar y además, en su caso, realizar el estudio y el informe de las disposiciones generales comprende la de informar, ya sea elaborando el proyecto de disposición, o de haberse formulado el proyecto por otro órgano informar acerca de su procedencia; de todo lo cual se deduce la inexistencia de un trámite previo y esencial en la promulgación del Decreto impugnado con su correlativa nulidad como acertadamente se resolvió por el Tribunal de Instancia. La ausencia del informe previo de la Secretaria General Técnica del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña con el efecto de nulidad radical apreciada por la Sala de Instancia, debe afirmarse en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto contemplado en este proceso, ya que la aprobación del Plan de Saneamiento y la implantación del sistema económico-financiero para garantizar su costo, presuponía la exigencia de la emisión de un informe desde la vertiente técnica y jurídica que asegurara el acierto y oportunidad de su promulgación en relación con la aplicación del Plan aprobado por la Junta de Saneamiento y la correlativa viabilidad de las cargas económicas y financieras que comportaba para los usuarios, entidades suministradoras de agua y a la propia Administración, elementos de juicio que no resultan acreditados en el expediente ni técnica ni jurídicamente careciéndose de base para emitir un juicio acerca de la procedencia del Decreto impugnado, y por ello con evidente indefensión de los intereses de los sujetos afectados por las cargas económicas a los que no se les confirió el trámite de audiencia, artículo 130-4) de la Ley de Procedimiento Administrativo que desconocen los factores determinantes de la proporcionalidad de los incrementos de tarifas y canon de saneamiento que se deriva de esa disposición, que por falta del meritado informe de carácter preceptivo impide estimar si podría alcanzar el fin propuesto relativo al saneamiento de una zona del territorio de la Región Catalana; por lo cual, en este caso, no cabe entender aplicable la doctrina de esta Sala, entre otras la Sentencia de 18-4-56, que aplican con un criterio flexible el meritado artículo 130-1) de la Ley de Procedimiento Administrativo frente a la numerosa jurisprudencia, que estima como causa de nulidad radical su omisión,

sentencia, además de las citadas por el Tribunal de Instancia la de 21-3-86 que apreció la incidencia de nulidad de Pleno Derecho conforme al artículo 47-1-c) por no haberse emitido ese informe en la promulgación de una Orden Ministerial, sin que pudiera subsanarse como en este caso por otros informes técnico-jurídicos antes de someterse al órgano competente para su promulgación. Promulgada la Ley del Parlamento Catalán de 4-6-81 en el ámbito de la competencia que le concierne en virtud de lo dispuesto en el artículo 10-1-6) de su Estatuto de Autonomía: "Protección del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de la Generalidad para establecer normas adicionales de protección" en el marco de la legislación básica del Estado; y la de ejecutar la legislación del Estado, artículo 11-10) "vertidos industriales y contaminantes en aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral catalán", en cuanto éstos puedan verse afectados por el saneamiento de las cuencas hidrográficas indicadas en ejecución de la legislación del Estado, no es pertinente, dada la competencia de esta Jurisdicción, entrar a conocer la adecuación de una Ley al contenido de la legislación básica del Estado, según lo dispuesto en el artículo 1ª) de la Ley de 27-XII-56 y la normativa reguladora de los recursos de inconstitucionalidad que se puedan interponer contra las disposiciones legales de las Comunidades Autónomas, y por ello el Decreto impugnado al desarrollar una Ley del Parlamento de Cataluña debe contemplarse como una disposición administrativa sometida en su elaboración a las normas propias de esa Comunidad, sin necesidad de someterse al dictamen del Consejo de Estado, circunstancia perfectamente razonada por el Tribunal "a quo", pero si en su elaboración a la legislación básica administrativa, al informe preceptivo de la Secretaría General Técnica u órgano competente del gobierno de la Comunidad Autónoma. Respecto a la nulidad de la Orden de 21-4-83 en cuanto regula la intervención de las compañías suministradoras de agua en la aplicación del Decreto de 21-1-83 aprobando el Plan de Saneamiento de la Zona 5ª, y la implantación de su régimen económico-financiero, fijando unos incrementos de tarifas y canon de saneamiento e imponiendo a las compañías suministradoras de agua unas Obligaciones consecuentes a la aplicación de dicho Decreto, declarada nula la disposición de la que trae causa, débese mantener la de esta Orden al carecer de norma habilitante, aunque no concurrieran las posibles anomalías procedimentales denunciadas por los recurrentes sobre las que este Tribunal no debe pronunciarse por ser esa Orden un mero instrumento de desarrollo y ejecución de Otra de superior rango anulada.

En cuanto a la Resolución de 13-1-53 de la Comisión de Precios de Cataluña aprobando las tarifas de consumo doméstico e industrial de agua y los incrementos de tarifas y canon de saneamiento, exami-

nada esa resolución en función del Decreto de 21-1-83 se advierte su nulidad en cuanto aprobó unos incrementos de tarifas y canon de saneamiento aplicables a la Zona 5<sup>o</sup>, y según el Plan de Saneamiento aprobado con anterioridad, que se integró en el Decreto impugnado, cuya aplicación por una resolución anterior de la Comisión de Precios daría lugar a la exacción de unas tarifas y canon de saneamiento que vienen conficionadas por lo dispuesto en dicho Decreto; habiéndose limitado la sentencia apelada a la declaración de nulidad de los incrementos de tarifa y canon de saneamiento, sin comprender otros extremos de esa resolución en cuanto se refiere a la aprobación de las tarifas por el consumo de agua no incrementadas por la aprobación del plan de saneamiento de la Zona 3<sup>a</sup>, debiéndose, por tanto, rechazar las alegaciones al respecto formuladas por la Generalidad de Cataluña en este particular de la sentencia. **(Sentencia de 7 de marzo de 1990. Sala 3<sup>a</sup>, Sección SD. GARCIA ESTARTUS. Ar. 2516. )**

## VII. - CONTRATOS

- 1. Alcance de las cláusulas penales introducidas en un contrato. No constituyen una manifestación del derecho sancionador. La naturaleza de dichas cláusulas responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de la presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado. Los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente debe responsabilizarse.**

“Para el correcto enfoque y resolución del problema planteado es necesario analizar el alcance y contenido de las cláusulas que en su aplicación han servido para la imposición de la penalidad impuesta. En primer lugar para centrar su naturaleza debe tenerse en cuenta como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 21-11-88” que las consecuencias de una cláusula penal integrada en un contrato no constituyen una manifestación del derecho sancionador, entendido en el sentido de potestad del Estado de castigar determinadas conductas tipificadas como sancionables por la Ley y respecto de las cuales se necesita, para aplicar la sanción, una prueba de culpabilidad que permita entender que mediante la misma se ha superado el principio de presunción de inocencia. Por el contrario, la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no

cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento". Conforme a este criterio, resulta que la empresa no ha alcanzado a eximir de la responsabilidad por el incumplimiento del plazo establecido para realizar su prestación, el cual, por otra parte, ha sido determinado por la Administración atendiendo a todas las circunstancias concurrentes. Partiendo del principio fundamental de que en todo contrato la voluntad de las partes es ley entre ellas y que por tanto es en esa expresión de voluntad donde radica su fundamento obligatorio: lo que no pierde en absoluto su vigencia en el caso de los contratos administrativos, su justificación se encuentra asentada en la necesidad de cubrir con eficacia unas relaciones contractuales en las que si bien una de las partes es directamente la Administración Central del Estado, la otra es una Empresa Nacional que compromete su actividad para la ejecución de los programas navales, es lógico requiera garantizar un equilibrio que haga posible el ejercicio de las facultades desorbitantes de la Administración con la necesaria autonomía de la Empresa para adoptar las decisiones precisas para el más eficaz desarrollo de los contratos y esta autonomía requiere poner en manos de la Administración los instrumentos que permitan la corrección de las posibles deficiencias, consecuencia de las decisiones de la Empresa especialmente, en este caso, en una de las cuestiones más delicadas de la ejecución de estos contratos como es el del cumplimiento de los plazos de entrega, que afectan, no sólo a las vertientes económicas del contrato, sino también a la vertiente que más incide sobre su interés público, como es su reflejo en los problemas de la defensa nacional, tan íntimamente relacionados con el despliegue y eficacia de la fuerza naval.

La empresa cuenta con agilidad para el establecimiento de subcontratos, puesto que al asumir la responsabilidad de la ejecución del contrato principal tiene que valorar adecuadamente la coordinación de estos subcontratos, para que no se lleguen a producir situaciones que le hagan imposible o muy difícil la programación general de la obra, y el arma en manos de la Administración para responsabilizar mejor a la Empresa radica, en esta materia de cumplimientos de plazos, el recurrir las cláusulas penales que se contemplan.

En relación con el juego que puedan tener para su eficacia estas cláusulas y su alcance, es preciso estudiar los problemas que se derivan de la responsabilidad general del contratista y que son:

El concepto de "riesgo y ventura" que en los contratos "a tanto alzado" debe ser el marco fundamental de la relación contractual, obligando al contratista a asumir, como se declara en repetida jurisprudencia y especialmente en la Sentencia de 19 de octubre de 1983 en la que se afirma "que según el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, y 132 del Reglamento de Contratación del

Estado de 25 de noviembre de 1975, es característica acusada de los contratos administrativos el que se entiendan celebrados a riesgo y ventura del contratista, tratando de defender este principio la inmutabilidad del *contractus lex*, salvo en los casos de fuerza mayor tasados y tipificados en dichos preceptos: de donde se sigue la consecuencia de que esa cláusula entraña que el contratista conoce cómo el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso, y corre el albur que todo ello implica sabiendo de su posibilidad y de la esperanza de que no suceda”.

La incidencia del concepto de la fuerza mayor en el reparto de las responsabilidades derivadas del contrato, para lo que es forzado partir de lo establecido en el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado que enumera taxativamente los casos que merecen esta calificación y ninguno de los citados debe considerarse aplicables en este supuesto, y la posible intromisión de “terceros” en la relación contractual. A este respecto, es necesario recordar que en los subcontratos, la relación existente entre el contratista y sus subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal y de la relación entre la Administración y el propio contratista.

El subcontratista aunque es un tercero para la Administración no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal en el que sólo existen dos partes en relación y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos propios de los que debe responsabilizarse.

El contratista al comprometerse en los plazos de entrega de la obra, debe valorar los actos que realiza para el buen fin del contrato, entre estos actos se encuentran los subcontratos, asumiendo el resultado de los mismos, y por tanto su posible fracaso y debe tomar las medidas adecuadas para impedirlo, ya que en otro caso estos resultados desfavorables tendrá que afrontarlos como derivados de actos propios frente a la Administración lo que no impide que por su parte lógicamente pueda cubrirse frente al subcontratista con las garantías que estime conveniente, pero en ninguna forma puede intentar trasladar estos efectos desfavorables a la Administración achacándolo a “actos de terceros”. **(Sentencia de 10 de febrero de 1990. Sala 3<sup>a</sup>, Sección 8<sup>a</sup>. DURET ABELEIRA. Ar. 2143.)**

**2. Modificación de contrato administrativo no formalizada. El requisito de la aprobación administrativa de la modificación de un proyecto de obras es algo más que un simple requisito formalista, puesto que la forma es forma de un acto de Voluntad de la Administración. Habrá que determi-**

**nar si la ausencia de esa formalidad está cubierta y suplida por medios y actitudes que impliquen la existencia de una voluntad sobreentendiendo o implícita, o si existen otros datos y factores decisivos en la solución final.**

La empresa contratista, ante el Acuerdo para ella adverso de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, de la Junta de Castilla y León, de 29 de Octubre de 1985, confirmado en reposición el 8 de abril de 1986, y declarados conformes a derecho por el Tribunal de instancia de Valladolid, el 25 de Octubre de 1988, en la sentencia que nos Ocupa, se ve en la necesidad, al mantener la tesis contraria a los mismos, de formular el presente recurso de apelación, que versa exclusivamente sobre el resultado de la liquidación practicada por dicha Consejería, a consecuencia de la ejecución de un contrato de Obras, para la ejecución de 360 viviendas de protección oficial, con locales comerciales y urbanización del sector; ya que otro Acuerdo simultáneo al primero de los citados, de 29 de octubre de 1985, no implica otra cosa que la aceptación por la citada Consejería de lo interesado por la contrata; la resolución del aludido contrato, sin pérdida de la fianza definitiva, sin que haya habido previo incumplimiento imputable a la empresa. Ordenándose a continuación proceder a la recepción y liquidación de las obras; momento -se dice- en el que se determinarán los datos y perjuicios que pudieran haberse originado a la Administración.

Uno de los motivos principales por el que no ha surgido controversia alguna, respecto a la resolución de la contrata, es debido a la promulgación del Real Decreto-Ley 24/1982, de 29 de diciembre, sobre Medidas Urgentes Presupuestarias, en cuyo art. 7 se habilita la posibilidad de proceder a este tipo de resoluciones contractuales.

Como ya hemos anticipado al principio, la presente controversia se centra en el resultado de la liquidación practicada por la Consejería a la empresa, ya que en la misma aparece un saldo favorable a la Administración Autónoma de 65.346.325 pesetas, mientras que la contrata reclama a la Junta la cantidad de 2.704.453 pesetas, según aparece concretada en el suplico de su demanda.

En esta controversia no se pone en cuestión la cantidad de obras realizadas, ni la calidad de los materiales empleados, ni los precios de los mismos, ni la mano de obra utilizada y precio de los jornales. Sólo se discute la obra realizada como consecuencia de una decodificación del Proyecto que sirvió de base para la adjudicación de la obra a la empresa accionante, en la convocatoria aprobada al efecto, debido a la ausencia de un acto de aprobación formal de dicha modificación.

La sentencia recurrida se apoya en la no aprobación de ese plus de obra realizada, a pesar de no negar su existencia, y, lo que es más relevante, el que esa obra fue amparada por sucesivas certificaciones expedidas por la dirección facultativa y abonadas por la repetida Administración, excepto la última, a que corresponde la cantidad reclamada por la empresa; la de 2.704.453 pesetas.

Como no es infrecuente en ordenamientos de largo articulado, no faltan preceptos en la Ley y en su Reglamento de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, 25 de noviembre 1975, respectivamente, que abonan a primera vista ambas interpretaciones. Lo que requiere el empleo del análisis adecuado para dilucidar las contradicciones que se producen entre ellas, hasta lograr la solución justa que la supere.

Así, tenemos que, en el Ordenamiento mencionado, por un lado nos encontramos con lo dispuesto en el art. 47 de la citada Ley, y art. 142 de su Reglamento, en los que se dispone que "El contratista tendrá derecho al abono que realmente ejecute con arreglo al precio convenido". Estableciéndose en su segundo párrafo de este artículo del Reglamento que "A los efectos del pago la Administración expedirá mensualmente certificaciones que corresponda a la obra ejecutada durante dicho periodo de tiempo, salvo que se establezca otra cosa en el pliego de cláusulas administrativas particulares". Con un último párrafo en el que se puntualiza que los bonos al contratista resultantes de las certificaciones expedidas tienen el concepto de pagos a cuenta, sujetos a las certificaciones y variaciones que se produzcan en la medida final y sin suponer en forma alguna aprobación y recepción de las obras que comprenda.

Sobre este último párrafo debe aclararse que la reserva que en él se formula respecto del resultado de "las certificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final" no corresponde a lo acaecido en el supuesto que nos ocupa, en el que, como se dijo antes, el problema no es de variantes en la medición final de la obra o de otras cuestiones afines, sino el de una obra realmente realizada, pero no aprobada, al obedecer a una modificación del proyecto primitivo, que no obtuvo el refrendo oficial y formal pertinente, con lo cual no se cumple con lo prevenido en el art. 48 de la repetida Ley y en los arts. 50, 51, 74, 149 y 155 de su Reglamento.

Ahora bien, conscientes de que el requisito de la aprobación administrativa de la modificación de un Proyecto de obras es algo más que un simple requisito formalista, puesto que la forma es forma de un acto de voluntad de la Administración, que en definitiva es lo importante, y lo que cuenta, hemos de ver si aquí la ausencia de esa formalidad está cubierta y suplida por hechos y actitudes que impliquen



la existencia de una voluntad sobreentendida o implícita, o si existen otros datos y factores influyentes y decisivos en la solución final que en justicia deba adoptarse.

En la indagación de estas posibilidades nos encontramos con que, aparte la expedición de las certificaciones del plus de obra, cubierto con las correspondientes certificaciones de la dirección facultativa, • abono de las mismas por parte de la Administración, cuando esta se pronuncia por la resolución del contrato, como ya dijimos, en su Acuerdo de 29 de octubre de 1985, no sólo lo decreta "sin pérdida de la fianza definitiva y sin que haya habido previo incumplimiento imputable a la contrata", sino que en la relación de hechos y fundamentos de derecho del mismo se manifiesta que "la contrata, consecuencia de determinadas circunstancias técnicas, presentó un proyecto modificado que debió sufrir una serie de correcciones y que por ello imposibilitó la terminación de las obras en el plazo previsto, dado que al menos en parte, las modificaciones se consideraban técnicamente necesarias, por lo que requerían la previa aprobación de aquéllas, lo que motivó una ampliación del plano de ejecución de las obras". Indicándose en otro apartado del acuerdo, tras la cita del art. 149 del repetido Reglamento y del artículo o cláusula 61 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, la necesidad de reajustar los plazos de ejecución del contrato cuando se produzcan modificaciones del proyecto, lo que -se dice lógicamente lleva a la conclusión de que el plazo de terminación de las obras ha de ponerse en íntima conexión con la aprobación de las modificaciones, no pudiendo sufrir la contrata -continúa el acuerdo- las consecuencias de una demora en producirse aquélla, por lo que el plazo final se ha de acomodar y, en su caso, ampliar su función de la fecha de la aprobación y del tiempo necesario para ejecutar las unidades modificadas e incluso aquella cuya ejecución requiera, previamente, la de las modificadas, sin que hasta la fecha se haya aprobado el modificado. Continuándose diciendo que la obra se encuentra dentro del plazo, en virtud de las prórrogas concedidas en aplicación del art. 149 citado, y del hecho de no haberse aún aprobado el modificado, "lo que supone una prórroga legal forzosa por ministerio de la ley".

Tenemos, pues, junto a la expedición de certificaciones y abono de las mismas por la Administración, un conjunto de razonamientos bien explícitos en el Acuerdo ya dicho en 29 de octubre de 1985, de resolución del contrato de que se trata, justificando las prórrogas que se concedieron para su ejecución, e incluso refiriéndose "a una prórroga legal forzosa por imperio de la Ley", como consecuencia de la aparición de determinadas circunstancias técnicas, lo que explica que las modificaciones se consideren técnicamente necesarias.

Contamos, por lo tanto, con actos propios de la Administración, que, lejos de poder contradecirlos, tiene que asumirlos, con todas sus consecuencias, ya que, de lo contrario, provocaría un empobrecimiento injusto que rompería la equivalencia de las prestaciones inter partes, sin causa que los justifique. **(Sentencia de 13 de marzo de 1990. Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>. MARTIN DEL BURGO Y MARCHAM. Ar. 1969. )**

## VIII. - SANCIONES ADMINISTRATIVAS

- 1. Distinción entre sanciones impuestas en el régimen general de sujeción y en las llamadas relaciones de sujeción especial. En el ámbito de las relaciones de sujeción especial se pone de relieve una capacidad administrativa de autoorganización más que el ejercicio de un "ius puniendi" genérico, por lo que el principio de legalidad en estas relaciones no puede tener el mismo alcance, permitiendo tener por cumplida la necesaria cobertura legal mediante la remisión en blanco a la potestad reglamentaria. Potestad disciplinaria de los Colegios Oficiales de Abogados.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

( Sentencia apelada)

Conforme sintetiza acertadamente la actora en el fundamento jurídico décimo de su escrito de demanda, el expediente disciplinario seguido por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona contra ella y que culmina en la sanción impuesta de un mes de suspensión en el ejercicio de la abogacía, "gira en torno a unos hechos sobre lo que no hay nada a debatir porque están perfectamente probados. La letrada doña Ana M.V.-R. hizo público que asumía voluntariamente la defensa de cierto individuo acusado de ser el presunto autor de un elevado número de delitos de violación. Y la letrada doña Lidia F.O. , por cartas particulares y por cartas al director en dos periódicos, afeó la decisión de la primera en los términos que resultan del expediente".

El presente recurso descansa en dos causas: de un lado se denuncia la falta de motivación del acuerdo sancionatorio, con infracción del art. 43. 1.a) de la Ley de Procedimiento; de otro, se alega el quebrantamiento del principio de tipicidad ya que los hechos imputados no fueron realizados con ocasión o en el ejercicio de la actividad profesional de la expedientada, tal como a su juicio exige el tipo de escri-

to en el art. 113.d) del Estatuto General de La Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 2090/1952, de 24 de julio, con arreglo al cual fueron calificados aquéllos.

Con carácter previo al examen de estos motivos, por su indudable carácter antecedente, se plantea la Sala si la potestad ejercida al amparo del mencionado Estatuto y que ha terminado en la sanción impugnada quebranta el principio de legalidad consagrado en el art. 25. 1 de la Constitución, cuando establece que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento", principio que comprende una doble garantía, una de carácter material y absoluto, conectada con el principio de seguridad y que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, tanto en el ámbito estrictamente penal como en el administrativo sancionador, y la otra de carácter formal que hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas -cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 42/87, de 7 de abril-. La reflexión que se hace la Sala lo es sobre la existencia en el caso de autos de la garantía formal. Partiendo de que el Alto Tribunal ha señalado reiteradamente el término "legislación vigente" contenido en dicho artículo constitucional expresa una reserva de ley en materia sancionadora, y de que también ha declarado que tal necesaria cobertura legal no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias -cfr. Sentencia 83/53, de 24 de julio se suscita el interrogante acerca de si aquella garantía formal se ha observado cumplidamente en el caso de autos. Y al respecto debe ponerse de relieve la distinción entre sanciones impuestas en el marco del régimen general de sujeción y en las llamadas relaciones de sujeción especial. Mientras que en el primer caso se ejerce el "ius puniendi" general o genérico del Estado y, por tanto, cobra plena fortaleza el carácter formal del principio de legalidad, de manera que "no es lícito, a partir de la Constitución, tipificar unas infracciones ni introducir sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal" -Sentencia 42/87-. En el ámbito de las relaciones de sujeción especial se pone de relieve una capacidad administrativa de autoorganización más que el ejercicio de aquel "ius puniendi" genérico, por lo que el principio de legalidad en estas relaciones "no pueden tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales", tal como declara la Sentencia 2/87, de 21 de enero, que permite tener por cumplida aque-

lla necesaria cobertura legal mediante la remisión en blanco o la potestad reglamentaria.

En el caso de autos es indiscutible el "quid" diferencial de las relaciones en cuyo ámbito se ejerce la potestad sancionadora discutida. Se trata de la ordenación "ad intra" de una corporación pública de carácter exclusivamente profesional, sectorial, tradicional depositaria de una potestad disciplinaria que se ejerce en el orden colegial. Puede afirmarse, por tanto, que aquí se debilitan las exigencias del rango formal de ley en beneficio de una más amplia potestad reglamentaria, y que aquéllas quedan cumplidas con la habilitación conferida por la disposición final de la Ley 2/197, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.

Alega la actora que el acto impugnado adolece de la necesaria motivación y, ciertamente, su escueto tenor que se limita a manifestar que la Junta de Gobierno de Colegio ha examinado el expediente disciplinario instruido a la demandante, calificando como grave la infracción e imponiéndole la sanción de un mes de suspensión, podría dar a entender que se ha incumplido dicho requisito. Ahora bien, no debe olvidarse que dicho acuerdo sucede a la propuesta de resolución y con la que en cierto modo se integra, al asumir plenamente la tipificación contenida en ésta y la sanción propuesta, como razona la Corporación demandada en su escrito de conclusiones, y en ese trámite, lo mismo que en el precedente pliego de cargos, se identifican inequívocamente los hechos imputados y se califican con referencia a la oportuna cita legal, por lo que debe entenderse que el defecto formal, de haber existido, o se ha subsanado por la posterior resolución recaída en el recurso de alzada, o nunca tuvo una virtualidad invalidante -de conformidad con el art. 48.2 de la Ley de Procedimiento-, al no dar lugar a indefensión de la sancionada que en todo momento supo los hechos que se le imputaban (como paladinamente ha quedado de relieve en la cita que encabeza el fundamento jurídico primero), y la calificación jurídica que le merecía al instructor del expediente, y ello se puede concluir pese a la deficiente redacción de la referida propuesta de resolución, no precisada por el escueto acuerdo sancionatorio, porque al decir que se "infringe el art. 114.e), que hace referencia al 113.d), del Estatuto General de la Abogacía Española" y al sancionar con un mes de suspensión por la comisión de una falta grave, inequívocamente debe concluirse que se refiere a la falta consistente en la realización de "actos de desconsideración manifiesta hacia los compañeros en el ejercicio de la actividad profesional", ya que el atentado contra la dignidad y el honor contemplado en el art. 113.d) merece la calificación legal de muy grave.

Como se exponía supra, invoca la recurrente la inexistencia de un elemento típico de la conducta imputada. A su juicio, cuando los mencionados artículos 113.d) y 114.e) emplean las expresiones “con ocasión del ejercicio profesional” y “en el ejercicio de la actividad profesional”, aluden, por decirlo con sus propias palabras, a una conducta del autor, agente o sujeto activo del atentado o de la desconsideración, no del ejercicio profesional de la persona presuntamente ofendida; se castiga un comportamiento en calidad de abogado, mientras que en el caso de autos las cartas fueron redactadas por la actora no ejerciendo de abogado sino de feminista y menciona en tal sentido su condición de Presidenta y legal representante del Partido Feminista de España, partido político inscrito en el Registro Central del Ministerio del Interior.

La precedente manifestación conduce al examen de la posible exculpación de la actora si la prescrita desconsideración causada (que, por otra parte, en ningún momento niega) fuera consecuencia necesaria del ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión consagrado en el art. 20 de la Constitución. Ahora bien, con independencia de que ella no invoca en ningún momento esta argumentación, es lo cierto que el tono y los términos empleados en las cartas que redactó no pueden calificarse como el vehículo idóneo de exposición de una determinada idea u opinión, en concreto sobre los límites del derecho-deber profesional de aceptar cualquier defensa criminal, sino que incide directamente en la calificación personal despectiva del compañero que actúa de modo distinto al que se opina, modo de razonar irrelevante para reforzar la propia concepción. En tal sentido pueden enmarcarse reproches como el de aceptar voluntariamente una defensa “en razón únicamente de que... se ha montado un bufete para ganar dinero con el ejercicio de la profesión... (lo que) demuestra un alto grado de insensibilidad, si no algo peor”, suponiendo que la conducta habría sido distinta “de haberse sentido más mujer, más ser humano y más persona que abogada”, y atribuyendo “únicamente al afán de notoriedad” la aceptación de “semejante defensa”, para terminar calificando esa conducta como “deshonestos métodos”.

La alegación de la recurrente sobre la inexistencia de un elemento típico circunstancial del sujeto activo parte de una interpretación indebidamente restrictiva y limitada de la falta imputada. Olvida esta parte que la sanción cuestionada se ha impuesto por haberse infringido el principio de colegialidad, principio que emana de la existencia de la Corporación profesional cuyos miembros tiene intereses iguales o comunes que perseguir y que, aun cuando sean de carácter sectorial o categoría, son relevantes también para el Estado a causa del reconocimiento que éste ha hecho de la fun-

ción social de la Abogacía, intereses que deben ser protegidos con el esfuerzo de todos puesto que el esfuerzo de uno sólo sería ineficaz para conseguir tal fin. Por ello, aquel principio se refiere al vínculo que une a todos aquellos que están comprometidos en idéntica función social, e integra deberes de fidelidad, lealtad, confianza recíproca, solidaridad, respeto, cortesía, estima y ayuda mutua, hasta el punto que se ha podido afirmar que el principio de colegialidad se agota en el ámbito de la categoría profesional, pero va más allá del ámbito de la actividad profesional típica. Así, el art. 20 del Código Deontológico Forense de Lombardía sanciona: El abogado debe caracterizar toda su conducta, incluso fuera del ejercicio profesional, por la más cordial Lealtad y corrección frente a sus colegas, demostrando y tratando de merecer confianza recíproca, respetando la palabra dada y usando la máxima cortesía, encarecimiento reiterado por el art. 4 del Código Internacional de Deontología Forense de la internacional Bar Association que establece: "un abogado deberá tratar a sus compañeros con la máxima cortesía y caballerosidad". Como es lógico, el principio de colegialidad está al servicio de la función social de la profesión, sin que pueda amparar o complacer prácticas ilegítimas, pero es que, en el caso de autos, la práctica forense que se critica personalizando es irreprochable: se trata del sagrado derecho de defensa del acusado en causa criminal, derecho que el art. 24 de la Constitución reconoce solemnemente a todas las personas (cualquiera que sea, por tanto, el delito que se les impute) y para cuya satisfacción velan celosamente los Colegios de Abogados garantizando corporativamente la libre elección del abogado y el libre ejercicio de la defensa asumida.

A la luz de estas consideraciones debe interpretarse el precepto que sirve de base a la sanción impugnada y en concreto el vicio que cuestiona la actora. En el caso de autos ésta afea una conducta profesional a otra compañera y en su calidad de letrada, tal como se revela en los razonamientos que hace y en el membrete empleado en la carta que dirigió y en la indicación que puede después de su nombre en el ejemplar remitido a los periódicos, condición que perfectamente podría haber omitido. La desconsideración que se imputa se produce por tanto en el ejercicio profesional, circunstancia que no debe limitarse a los actos que se realizan en presencia de los Tribunales o aquellos otros típicos -tal como alega en su escrito de demanda-, entre otras razones porque, en tal caso si que se sustraería del Colegio el conocimiento de la posible responsabilidad disciplinaria para quedar residenciada ante los Juzgados y Tribunales, a tenor de lo dispuesto en los artículos 442, 448 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En base a cuanto se ha expuesto procede desestimar íntegramente el presente recurso, sin necesidad de efectuar declaración sobre las costas al no concurrir los requisitos prevenidos en el art. 131 de La Ley Jurisdiccional.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO ( Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la sentencia apelada.

Se han de confrontar en la presente ocasión la sentencia recurrida y el voto particular que la misma suscitó, a la vista de las alegaciones de la apelante que, para defender la consideración de éste, combate las de aquélla en un caso en que la cuestión básica consiste en decidir si, como el Tribunal "a quo" había entendido, la misma se enmarca dentro de la competencia disciplinaria del Colegio de Abogados o si, como sostenía el Magistrado disidente, él mismo carecía de ellas ya que exclusivamente se había limitado la apelante a ejercitar el derecho constitucionalmente reconocido a la libre expresión del pensamiento, ideas u Opiniones , por parte de una recurrente que comienza, precisamente, por combatir la Resolución colegial en la que se explicaba cuál era la circunstancia determinante de su función sancionadora.

Al respecto, es necesario partir, ante todo, de que el hecho de ostentar la profesión de Abogado no es motivo impediendo ni limitativo del ejercicio de referido derecho y de que, para afirmarlo así, no haya necesidad de recurrir a normas jurídicas de Derecho comunitario como aquellas en que se fundamenta citado voto particular, pero es que tal derecho, por supuesto, tiene limitaciones impuestas , más o menos implícitamente pero siempre insoslayables , por la propia generalidad de la norma de que se respete el honor y la libertad de expresión de los demás ciudadanos , independientemente de que ostenten la misma profesión o tengan distinta actividad, aunque en supuestos , como el que nos ocupa, de evidente igualdad de profesión de los sujetos entrados en colisión, más que aplicarse aquellas disposiciones que, internacional o, incluso, nacionalmente, se refieren, en general, a esa libertad de expresión, como pretende la actora, deben ser de preferente aplicación aquellas otras disposiciones tenidas en cuenta por la sentencia apelada, que, por más que también tengan idéntica proyección internacional, hacen referencia específica a la esfera del ejercicio de la profesión de Abogado porque imponen la observancia de determinada conducta en atención a esa condición profesional, lo que siempre ha de plantear, como aquí, la interrogante de si dichas normas sólo pueden aplicarse -como la propia parte sostiene- a la actuación del Abogado ante los Tribunales, estrictamente considerada o,

por el contrario, a todo lo que, irradiado y con total independencia de esta concreta ocasión, supone un acto u omisión de aquel que, teniendo por denominador común el ejercicio de tan repetido derecho, el pensamiento, la idea o la opinión se proyecta sobre temas relacionados con la profesión y, con ocasión de ello, se haga uso del derecho reconocido por el art. 20 de la Constitución frente a otro Abogado bien para combatir las opiniones, las ideas o los pensamientos de éste o para, por el contrario, compartirlas, celebrarlas o aplaudirlas, o, en su caso también, pero en idénticas circunstancias, a propósito de cualquier defensa o reproche que provenga de cualquier otro profesional o de persona ajena a la profesión misma, por que precisamente, cuando esa actuación u omisión, de algún modo reprochable, se produce ante los Tribunales de Justicia, ya no es el Colegio correspondiente el que ostenta la potestad disciplinaria, sino el Organo jurisdiccional ante el que la actuación irregular del profesional se manifiesta, según recientemente se explica por la Sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1989, a tenor de la cual, lo que compete sancionar disciplinariamente son los actos del Abogado que "guardan relación exclusivamente con la policía de estrados", y no cuando el acto "claramente ataca a la conducta profesional", siendo por ello por lo que ha de afirmarse desde ahora que carece de sentido que se alegue ante esta Sala que, "aunque se comprenda la reacción de la señora M., lo que ésta debió hacer era denunciar, poner una querrela por injurias", y menos es aceptable -salvando lo que de licencia de expresión tiene la afirmación- aducir que la sentencia apelada confirma el criterio del Colegio, a lo largo de su fundamento v., "verdaderamente paradigma del corporativismo" -de "medieval", lo califica en otro pasaje del mismo escrito-, "llevado a sus últimas consecuencias, tratando de justificarlo con el Código Forense de Lombardía y con el artículo 4 del Código Internacional de Deontología Forense de la Internacional Bar Association", pero que "el argumento tiene el fácil reproche de que lo sucedido estuvo completamente al margen del ámbito forense".

En contra de esta parcial transcripción, no hay duda de que la cuestión incidía en dicho ámbito forense, y, por lo que nos proponemos razonar seguidamente, advertimos que no debe extrañar a la apelante que la Junta del Colegio justificara su potestad sancionadora con base en que la determina el hecho de que un abogado Ofensa públicamente a Otro abogado, sea cual sea el motivo que le lleve a hacerlo, porque lo que con esto se afirmaba -y con acierto- es que lo que prima no es más que dilucidar si la cuestión surge cuando ambos polemizan con el carácter de tal y sobre temas relacionados con el ejercicio de su profesión y no cuando verse acerca de cuestiones ajenas a su condición de tales, que no es lo que aquí había ocurrido si se



repara, ante todo, en que en la carta dirigida a la señora M. y en las comunicaciones insertas en la prensa, suscritas por la señora F. , ésta consignaba expresamente su condición de Abogada, a pesar de que pudo, quizá más propiamente, consignar la de fundadora y presidenta de Partido Feminista, dado que, precisamente, lo que le impulsaba a actuar -según el contexto de aquéllas- era la extrañeza que le había producido a aquélla que "las feministas se sintieran indignadas por su conducta" , pero es que, más elocuentemente, demuestran que la polémica afectaba a dicho ámbito profesional las siguientes frases que constan de referida carta: a) el derecho democrático a ser defendido "no tiene nada que ver con que algunos delitos sean especialmente odiosos y repugnantes, y por poca sensibilidad que se tenga, tanto para abogados como para abogadas resulta muy difícil aceptar su defensa" ; b ) "defenderlo voluntariamente por encargo privado y en razón únicamente de que se estudió un día la carrera de Derecho y se ha montado un bufete para ganar dinero con el ejercicio de la profesión, demuestra un alto grado de insensibilidad, si no algo peor" ; c ) "nunca hubiera supuesto que con tanto gusto una abogada se encargara de semejante defensa" ; d) "las feministas... se indignan ante la desgracia de sus compañeras , aunque no les haya tocado en su propia carne , y ésa debería haber sido tu conducta, de haberte sentido más mujer, más ser humano y más persona que abogada"; e ) "repudio tu conducta como tantas de nuestras compañeras"; f ) "si no cambias de conducta, seguiré pensando que únicamente el afán de notoriedad es el que te ha llevado a aceptar semejante defensa y a defenderte de las críticas que tu conducta ha motivado" , pero "te aseguro que el éxito obtenido con tan deshonestos métodos no es duradero" porque "el nombre, la fama y el respeto se ganan a costa de... , a menos que cada año consigas uno o varios clientes semejantes para mantener la tensión informativa y el escándalo que se acompañan al mismo nivel".

Más pruebas acerca de lo mismo se encuentran en la carta dirigida por la expedientada a la Junta de Gobierno del Colegio con expresiones como, por ejemplo, la de que a pesar de que en el bufete donde la señala M. trabaja hay abogados con más experiencia sobre temas penales, aquélla aceptó la defensa de "un caso tan repugnante" , sin más motivación que la de "adquirir rápidamente una notoriedad, que en nuestra profesión tarda años en alcanzarse, a través de un duro trabajo cotidiano, y lo ha logrado, como puede observarse por la atención prestada al tema por los medios de comunicación" , y, por fin, y, en la misma ocasión, aun a modo de disculpa, explica que no tuvo intención de injuriar a la citada señora y , mucho menos , a toda la profesión de abogado, pues , "precisamente, para intentar sanear un poco la apatía y la asfixia que yo creo que domina en ella, mi carta

podría traer un poco de discusión pública de la que pudiera salir alguna luz sobre la deontología de la profesión, y que, de producirse más a menudo quizá proporcionaría aire puro a nuestros debates del que creo se halla muy necesitada", y no creemos que haga falta poner énfasis en lo elocuente que resulta respecto de la proyección de tal conducta al ámbito profesional, la dura crítica que al Organo de gobierno colegial se hace cuando termina "deseando que, con el mismo interés, por lo menos, con que esta Junta de Gobierno ha iniciado gestiones para dar satisfacción a la señora M., esté ocupándose de los casos de corrupción, prevaricación, de cohecho, de proxenetismo, de los que son responsables algunos abogados de nuestra ciudad, como es de dominio público, porque en tal caso en poco tiempo tendremos limpia y saneada nuestra profesión con el alivio de los clientes y el contento de los demás compañeros que contemplamos con pena e impotencia esos casos y tan malos ejemplos que desprestigian al resto del colectivo profesional honesto y entregado limpiamente a la defensa de justas causas, que todavía se prolongan y siguen actuando con impunidad, a pesar de los importantes cambios democráticos que se han producido en los últimos años en nuestra sociedad, y, finalmente, cabe añadir, como una prueba más del carácter profesional de la polémica a que, cuando el Abogado señor Z. presentaba escrito en defensa de la expedientada ante la propia Junta, porque la misma había optado por no presentar pliego de descargo, afirmaba que "polemizar con pasión es algo consustancial a nuestra labor diaria, y que, por tanto, es difícil en ocasiones, como la presente, establecer claras fronteras entre la simple argumentación y el menosprecio, en el calor de las discusiones entre profesionales que, en el foro o fuera de él, adoptan posturas contrarias". Hemos hecho tan extensa transcripción porque, por sí sola, justifica la improcedencia de estimar todas y cada una de las alegaciones de la apelante tendientes a que se revoque la sentencia recurrida, que consisten en: 1<sup>º</sup>) los hechos no pueden sancionarse; 2<sup>º</sup>) la conducta de la recurrente fue motivada por la previa publicidad dada por la señora M. a su propia actuación profesional; 3<sup>º</sup>) las manifestaciones que fueron objeto de sanción no implicaban injuria alguna ni intención de producirla, y, 4<sup>º</sup>) la resolución recurrida era nula por carecer de motivación, porque, en cuanto a aquel primer motivo de apelación, es suficiente con agregar a lo que consignamos en el precedente Fundamento segundo que la potestad sancionadora de los Colegios profesionales no ha sufrido restricción alguna después de la vigencia de la Constitución, según resulta, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y 8 de abril de 1981 y de las de este Supremo de 7 de julio de 1983, 1 de abril de 1986 y 27 de septiembre de 1988, esta última explicativa, cuando aludía en concreto al de Abogado, de que expresamente se encontraba

apoderado por el artículo 442 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "que no es más que ratificación de lo que, con precedencia a ella y luego con posterioridad a la misma, había declarado este Alto Tribunal e incluso el Constitucional". Tampoco es admisible aquella segunda alegación, a pesar de que se afirme que "la iniciativa de la señora M. " había de producir impacto en la "especial sensibilidad de la señora F. , en su calidad de fundadora y presidenta del "Partido Feminista de España" , porque, además de que -como también antes hemos observado- la reacción de esta última no se produjo en su condición de tal ni en el ejercicio de los derechos u obligaciones que les incumbieran por razón de dicho cargo, sino aludiendo siempre a su profesión de Abogada, lo cierto es que la iniciativa en la polémica no partió de la primera de dichas abogadas como la carta de la segunda demuestra al indicarle que había conocido por los medios de comunicación que aquélla "justificaba" su actuación como abogada defensora y que se "sorprendía" por el hecho de que "las feministas se sintieran indignadas por tu conducta" , y que sólo el afán de notoriedad es el que la había llevado a "defenderte de las críticas que tu conducta ha motivado" , como tampoco es posible entender que no ha existido el "animus iniuriandi" indispensable para que una injuria se produzca, porque, con independencia de que la apreciación de si tal intención específica existió no corresponde al propio agente de ésta -siempre impulsado por la finalidad disculpable de verse exonerado de toda responsabilidad-, sino, de modo totalmente objetivo, por la Autoridad competente para enjuiciar las conductas , lo más esencial es que en este caso no se ha sancionado una falta tipificada como injuria, sino una manifestación de las genéricamente previstas en el Estatuto colegial "pero con la expresividad y suficiencia de los preceptos afectantes a la deontología profesional, nunca susceptible de específica catalogación en "numerus clausus" -Sentencia de 23 de septiembre de 1988-, y, por cierto, no aplicando la Junta del Colegio el apartado d) del artículo 113 de aquel que prevé como muy grave la consistente en atentar contra la dignidad y honor... de los compañeros con ocasión del ejercicio profesional" , sino con criterio bastante más indulgente, el 114 ,e ) que, en relación con aquél, degrada su gravedad cuando tales hechos "no tuvieran entidad suficiente para ser considerados como muy graves" , y es por ello por lo que, sin necesidad de mayores razonamientos y aun prescindiendo de la publicidad empleada, que ciertamente la agrava, es evidente que la actuación de la apelante excedía con mucho del legítimo derecho a la libertad de expresión, por más que tampoco se tenga en cuenta que, incluso sus expresiones llegaron a consistir en imputar a una compañera la autoría de otra falta igualmente tipificada como la de competencia desleal -apartado d ) del artículo últimamente citado- cuando le atribuía un

afán de notoriedad publicando en la prensa su decisión de defender al supuesto autor de cuestionados delitos, porque basta recordar que así lo entendieron en casos semejantes las Sentencias de 10 de noviembre de 1987 y 23 de septiembre de 1988, al explicar que tal falta se cometía, según esta última, por hacer propaganda publicitaria del ejercicio de la profesión, porque ello "altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial. Nada más en concreto nos parece necesario razonar para que se considere procedente rechazar la falta de motivación que se atribuye a la resolución recurrida, porque la exigencia establecida por el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo únicamente corresponde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa "para el debido conocimiento de los interesados y para la posterior defensa de sus derechos" -Sentencias de 14 de noviembre de 1986 y 4 de noviembre de 1955-, porque, además, es ésta la manera de que pueda detectarse y oponerse a aquello que suponga cualquier motivo de arbitrariedad de los poderes públicos proscrita por la Constitución, como garantía inherente al derecho de defensa que la misma eleva a la categoría de fundamental, siquiera con referencia específica al proceso judicial ( artículo 24.2 ) , pero, por lo mismo, nunca ha de estarse a la abstracta ausencia de expresión de motivos , sino a la concreta y efectiva imposibilidad de defensa, resultado éste que no se concibe en esta ocasión, porque, además de que no es admisible que alegue indefensión quien, siendo requerida para formular su descargo, incluso con reiteración -que es la actuación más primaria y propicia para que el sometido a expediente contradiga, desvirtúe y se defienda de las imputaciones que se le hacen-, sin más razón que la de estar "en completo desacuerdo con el planteamiento del citado expediente" , encomendó desde entonces su defensa a otro compañero que, sin objeción alguna de carácter formal o procedimental, con pleno conocimiento de causa manifestó y alegó cuanto estimó conveniente, todo ello con independencia de que hay que tener siempre en cuenta que citado artículo 43 sólo exige que esa motivación sea "sucinta" , referida a hechos y fundamentos jurídicos de la decisión -Sentencias de 13 de julio de 1982, 4 de febrero y 6 de mayo de 1985 y, lo que es indudable sinónimo de suficiente o bastante para que se logre la finalidad propuesta, sin necesidad de complejos análisis ni razonamientos , ni formalidad alguna, expresión aquella, por otra parte , que constituye un concepto legalmente indeterminado que ha de integrarse a través de las circunstancias concretas de cada caso, y, por cierto, en el presente sin prescindir de la especial circunstancia de la profesión ejercida por la

expedientada, pues -sin que con ello creamos que da de tener un trato de desfavor respecto del merecido por cualquier otro administrado- aquélla le permitía conocer más que suficientemente cuáles eran los hechos que el Colegio sancionador tomaba como soporte para considerar infringida la norma estatutaria que aplicaba y la sanción que se proponía imponer, y bien lo prueba la versión que la misma daba a los referidos hechos en la carta que los explicitaba dirigida al Colegio, en la que, precisamente, se contenían explicaciones con tendencia exculpatoria de las imputaciones que se le hacían, siendo, en consecuencia, improcedente declarar la nulidad de actuaciones propuestas cuando un principio de economía procesal, por otra parte, tiene que ser aplicado cuando, como en otros muchos casos, se tiene la certeza de que de obrar la Administración de modo formalmente más completo, la decisión a que se había de llegar no podría diferir en nada de la que en esta ocasión se estima procedente. **(Sentencia de 3 de marzo de 1990. Sala 3ª, Sección 5ª. REYES MONTERREAL. Ar. 2133. )**

#### IX. - RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

- 1. Posibilidad de exigir responsabilidad al Ayuntamiento por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la prórroga de la licencia en su su día concedida. Es indispensable que el daño que se invoque sea real y efectivo, por más que esta realidad o efectividad no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trate de consecuencias lesivas pretéritas actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero siempre que sean de producción indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo no cuando se trata de aconteceres autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción.**

El Ayuntamiento demandado postula un pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso al amparo de lo que dispone el artículo 82 c ) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción al entender que la pretensión que se deduce en este proceso es idéntica a la actuada por el actor a que se refiere el artículo 118.3 de la Ley Rituaria en el que postuló, con carácter subsidiario y para el caso de que se mantuviese la suspensión de la licencia, que se reconociese como situación jurídica individualizada su derecho a percibir del Ayuntamiento como indemnización por daños y perjuicios la suma de 20.000.000 de pesetas siendo objeto tal petición de desestimación en la sentencia, confirma-

da por el Tribunal Supremo, que puso fin a aquél. Tal argumentación no debe ser acogida, pues aun siendo cierto que como se afirma se dedujo tal pretensión en aquel proceso, no lo es menos que en las sentencias dictadas en el mismo no se contiene razonamiento alguno acerca de si asistía derecho al actor al abono de la misma ni, en su parte dispositiva, pronunciamiento alguno sobre tal particular, lo que es congruente con la naturaleza del proceso en que se dictaron, en el que únicamente cabe un fallo ajustado a lo que determina el apartado 5 del artículo 118 referido -levantamiento de la suspensión o anulación del acto a que la misma se refiere y lleva a concluir no sólo la posibilidad sino incluso la necesidad de formular tal pretensión de indemnización, de no acogerse por la Administración, en un proceso ulterior. Debe, en base a ello, rechazarse la causa de inadmisibilidad.

El artículo 232 de la Ley del Suelo establece que la procedencia de indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración. En ningún caso habrá lugar a indemnizar si existe "dolo, culpa o negligencia grave imputable al perjudicado". Los preceptos a que se remite dicho artículo son en lo que afecta al ámbito de la Administración Local, los contenidos en los artículos 120 a 133 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133 a 135 de su Reglamento que en consonancia con lo establecido en el artículo 106 de la Constitución y 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado consagra el principio de responsabilidad objetiva de la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Y en tales normas funda el actor su pretensión aduciendo que se le han producido daños y perjuicios, como consecuencia de la anulación de la licencia, en la medida que su concesión, no obstante su falta de ajuste a los instrumentos de planeamiento, que le afectaban, tuvo su origen en un deficiente funcionamiento de los servicios municipales que intervinieron en el expediente de concesión.

El hecho de que la licencia concedida no se ajustase a las normas de planeamiento, como evidencian las sentencias dictadas en el Recurso 522 de 1977, antes reseñado, implica, en la medida que los Informes Técnicos que precedieron tanto a su concesión como a su prórroga no opusieron objeción alguna a ésta, motivando el acuerdo en que produjo, que, conforme al principio insito en los artículos 232 de la Ley del Suelo y 130 de la Ley de Expropiación Forzosa y a lo argüido por el demandante, deba afirmarse la responsabilidad del Ayuntamiento por las consecuencias dañosas de su anulación basada en tal desajuste. Y máxime cuando el Ayuntamiento demandado no ha alegado, ni por ello probado, que a tal defectuoso funcionamiento de los

servicios municipales se añadiese, como determinante de la concesión de la licencia, dolo, culpa o negligencia grave imputables al actor, que constituyen supuesto en que, conforme al citado precepto de la Ley del Suelo, aun dándose el condicionamiento básico para exigir responsabilidad a la Administración, consistente en la causación de un daño como consecuencia de su funcionamiento, no es factible tal exigencia.

Afirmada la posibilidad de exigir responsabilidad al Ayuntamiento demandado por los daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la prórroga de la licencia en su día concedida, la cuestión que resta por discernir, y de la que en definitiva depende la viabilidad de la demanda, es la de si efectivamente se produjeron tales daños - lo que en todo caso constituye presupuesto de dicha responsabilidad- y en su caso los conceptos a que se refiere y el importe de la indemnización que por los mismos deba abonarse. Sobre tal particular la parte actora, como ya ha quedado anticipado, solicita la cuantificación de la indemnización en la suma de 11.676.554 pesetas, resultante de la adición de las siguientes: a) 1.103.603 pesetas, por materiales empleados para iniciar las obras; b ) 1.775.065 pesetas por elementos adquiridos para la obra; c ) 149.965 pesetas por tasas municipales abonadas; d) 265.996 por honorarios de Facultativos que intervinieron en las obras; e ) 492.697 pesetas por "lucro cesante" referente al beneficio industrial dejado de percibir por las cantidades invertidas; e ) 2.052.995 pesetas por la pérdida del valor de la finca como consecuencia de la modificación urbanística operada desde la concesión de la licencia hasta su suspensión; y f) 4.721.735 pesetas por las ganancias dejadas de obtener por la venta de los inmuebles.

La cuantificación de los perjuicios ocasionados postulada por el actos encuentra su fundamento fáctico en el dictamen emitido por el Arquitecto del Colegio Oficial de Arquitectos de Castellón don Carlos G.S. que aportado por dicha parte obra en el Expediente Administrativo, y que según se infiere del escrito de contestación a la demanda únicamente se discute por la parte demandada en lo atinente a los conceptos señalados en el anterior fundamento con las referencias a ) y b ) -materiales empleados para iniciar las obras y materiales adquiridos para realizarla- , que reduce a la suma de 450.000 pesetas, en que cifra la cantidad invertida en obras de cimentación, e) -pérdida del valor de la finca como consecuencia de la modificación urbanística operada desde la concesión de la licencia hasta la suspensión- y f) -ganancias dejadas de percibir por la venta de los inmuebles-. La admisión por dicha parte de la existencia de unos perjuicios , pues, cuanto menos, admite la inversión de 450.000 pesetas en obras de cimentación que devinieron improductivas como consecuencia de la suspensión y correlativa anulación de la licencia, lleva a concluir a la

existencia del daño generador de responsabilidad para la Administración demandada que arguye el actor, quedado por ello constreñido el tema litigioso a la cuestión de la determinación del "quantum" del mismo respecto de la que se alzan las posturas antagónicas de las partes, en cuanto que, como ha quedado dicho, no se admite por el Ayuntamiento que sean susceptibles de indemnización algunos de los conceptos que se citan en dicho dictamen.

Resulta acogible, ante la inexistencia de prueba propuesta por la parte demandada que haya podido desvirtuarlo, la pretensión del actor respecto a las partidas señaladas con las letras a) y b ), pues obedecen a materiales empleados en la construcción y a gastos constructivos que no se ha acreditado que redundaran en beneficio de otras obras realizadas por el actor, así como las referentes a tasas satisfechas y honorarios de Facultativos , que ni siquiera se discuten por el Ayuntamiento, y la correspondiente al beneficio industrial dejado de percibir por dichas cantidades, igualmente es aceptable la petición referente a la pérdida de valor de la finca como consecuencia de la modificación urbanística de la finca en él operada desde la concesión de la licencia y su prórroga hasta la suspensión, pues es indudable que este repercute en el valor de adquisición del solar. No lo es, sin embargo, la pretensión atinente a los 4.721.735 pesetas por ganancias dejadas de percibir, pues esta parte de lo que constituye una expectativa -la venta de la totalidad de los estudios construidos al precio que se determina- y en todo caso parte de la realización de una inversión que no se llevó a cabo en su totalidad.

Por todo lo expuesto debe estimarse en parte en recurso, con anulación de las resoluciones impugnadas y reconocimiento del derecho del actor a percibir del Ayuntamiento demandado la suma de 6.720.353 pesetas, sin acoger su pretensión de abono de intereses de demora, al no alcanzar la suma fijada como indemnización el total importe de la reclamada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO ( Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la sentencia apelada.

Recurren en apelación el Ayuntamiento demandado y el particular que pretendía de él la indemnización de daños y perjuicios -que tácitamente le había denegado- , con ocasión del acuerdo municipal por el que se dejaba sin efecto la licencia que, en su día, le había concedido para la edificación a que el proceso se contrae, y, al decir, en primer lugar, sobre el único motivo de impugnación por aquél alegado, poco es necesario consignar para tener por evidente su irrelevancia a fin de que se recoge la sentencia combatida, porque la concreta pre-



tensión que en la demanda dedujo el titular de la licencia no podía afectarse por la excepción de cosa juzgada que la Corporación Municipal alegó y alega ya que más que suficientemente razonó el Tribunal "a quo" que lo que el demandante pedía no lo había sido en el litigio anterior sustanciado entre las mismas partes, siendo por ello por lo que, dando aquí por reproducidas las incontestables consideraciones de la Sentencia apelada, para que ésta deba confirmarse nos basta con añadir que, por la propia denominación y por el específico fundamento de la excepción que se alega, no es suficiente que en el pleito anterior y en el actual concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (art. 1252 del Código Civil), sino, sobre todo y en definitiva, que se cumpla una condición tan esencial e indispensable como que "el caso", tema o concreta petición que ahora se plantea, no sólo se hubiera planteado entonces sino que se hubiera "resuelto por la sentencia" con base en la que la cosa juzgada se invoca, y léase el Fallo de la misma y el de la que, en esta segunda instancia, lo confirmó para evidenciar que ninguno de los Organos jurisdiccionales actuantes, por exigencias del recurso especial que es objeto del artículo 11º de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en relación en este caso con el 156 del Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, decidieron -ni podían decidir- sobre petición de ninguna de las partes que fuera distinta de la que legalmente constituye su fundamento y delimita o concreta el específico y restringido pronunciamiento de la Sentencia, que no puede ser otro que el de levantar la Suspensión que la Administración hubiera acordado o declarar la nulidad del acto así Suspendido.

Tampoco procede la estimación de la pretensión de apelación que deduce el particular así afectado por la declaración judicial de anulación de la licencia cuyos efectos habían sido suspendido, y no porque, en su escrito de alegaciones, quizá preocupado por lo que el Ayuntamiento apelante también, en su contrata pretendía, solicitó que la sentencia impugnada se confirmara -a pesar de que igualmente la había impugnado-, sino porque, aun dando por salvada esta incongruencia, del propio modo el Tribunal "a quo" fue consecuente con las exigencias requeridas por la normativa aplicable para que prospere una pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando, a pesar de considerar indemnizables los restantes conceptos determinantes del daño y perjuicio que, al efecto, dicha parte alegaba, excluyó excepcionalmente aquel otro por cuya inestimación se promueve el recurso en que se actúa, porque es inconcuso que, aunque esa obligación de responder tenga carácter objetivo es indispensable que, entre otros requisitos, el daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea real y efectivo, por

más que esta realidad o efectividad no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acaecimiento pero, por supuesto, siempre que por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de acontecimientos autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas, de cuya naturaleza y caracteres claramente participa el precio no percibible y consiguiente lucro cesante que el frustrado constructor alega por no poder vender los pisos que, al amparo de la licencia cuyos efectos fueron suspendidos, podía haber construido, como acertadamente tuvo en cuenta la sentencia recurrida para no reputar indemnizable el aludido concepto, cuya correspondiente consideración, en conjunción con cuanto aquí razonado, conduce a la procedencia de que se desestime el recurso de apelación que por ambas partes se interpuso. **(Sentencia de 2 de enero de 1990. Sala 3<sup>ª</sup>, Sección 5<sup>ª</sup>. REYES MONTERREAL. Ar. 147. )**

## X. - JURISDICCION CONTENCIOSA

### **1. Alegaciones previas sobre obstáculos procesales formulados por la parte demandante. Artículo 71 de la L.R.J.C.A. Lugar de presentación del escrito de interposición del recurso contencioso. No cabe atribuir eficacia a la presentación de escritos forenses ante las dependencias de la Administración relacionadas en el art. 66 de la L.P.A.**

El Abogado del Estado, al contestar a la demanda, reitera la petición de que el recurso sea declarado inadmisibile por caducidad de la acción, motivo que fue rechazado en trámite de alegaciones previas por Auto de este Tribunal de 9 de mayo de 1988. La parte actora, al formular sus conclusiones, no cuestiona la posibilidad de reproducir esta excepción, que fue discutida y resuelta en el trámite del art. 71 de la Ley Jurisdiccional, pero como las normas procesales deben observarse de oficio, es preciso analizar si este precepto se limita a brindar al demandado una opción, de suerte que sólo pueden invocarse en la contestación los motivos de inadmisibilidad del recurso que no fueron aducidos en vía previa o también permite reiterarlos en el escrito de contestación, cuando en aquélla hubieran sido desestimados. La expresión legal "sin perjuicio de que tales motivos puedan, asimismo, ser alegados en la contestación" es la que suscita la duda.

La Sala no ignora la existencia de una corriente jurisprudencial favorable a la primera solución, de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de 31 de enero de 1978, 22 de enero, 6 de marzo, 21 de mayo y 21 de octubre de 1980 y 20 de julio de 1982, pero considera necesario examinar esta cuestión a la luz del art. 24. 1 de la Constitución, que reconoce a todos, a la parte actora y a la demandada, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, garantía que debe de presidir la interpretación del art. 71 de la Ley Jurisdiccional, en el contexto del art. 72.4 de esta misma Ley, con la mira puesta en la efectividad del principio procesal de igualdad de las partes y sin olvidar que la jurisprudencia no es unánime a la hora de determinar el alcance de aquel precepto, pues en una línea divergente a la anterior se encuentran, entre otras, las Sentencias de 23 de mayo de 1969 y 15 de marzo de 1976.

El art. 72.4, concordante con el 93.2<sup>a</sup>) y también con el 73.2, de la Ley Jurisdiccional, no deja resquicio alguno a una posible impugnación de la resolución que rechace las alegaciones previas. El primero de estos artículos no puede ser más terminante contra el auto que desestime las alegaciones previas no cabrá recurso alguno", en cambio, a continuación añade, "contra el que las estime, los que determinan los artículos 92 y 93", es decir, en recurso de súplica o el de apelación, según se trate de asuntos de única o doble instancia, respectivamente. Por tanto, no parece, que la solución jurisprudencial a que se hizo referencia en primer lugar sea acorde, en el plano de la igualdad de las partes, con el derecho fundamental a la garantía jurisdiccional, pues mientras que la parte actora, si ve estimada la alegación previa, puede reaccionar frente a la resolución judicial que pone fin al incidente, la demandada o el coadyuvante de ésta -en el caso, la Administración del Estado- ve cerrada, con arreglo a esta interpretación del art. 71 de la Ley Jurisdiccional, toda posibilidad de replantear el motivo de inadmisibilidad invocado, que sólo habrá recibido una respuesta judicial, quedando afectado el principio procesal de igualdad de las partes. Por ello una interpretación de este precepto, más acorde con el derecho fundamental reconocido en el art. 24. 1 de la Constitución, debe permitir a las partes demandadas "y coadyuvantes" alegar en la contestación el motivo o motivos de inadmisibilidad del recurso que hubieran sido desestimados en el incidente de alegaciones previas. El adverbio "asimismo", empleado en el enunciado del art. 71 de la Ley Jurisdiccional, equivalente a "también", permite sin dificultad, incluso en el terreno de una interpretación gramatical, llegar a esta conclusión.

Cuanto se acaba de decir no queda desvirtuado, a nuestro juicio, por la apelación que se hace en algunas sentencias de este Tribunal a lo establecido para las excepciones dilatorias en los arts. 536 y 542 de

la Ley de Enjuiciamiento, pues sin dejar de reconocer el carácter supletorios de esta ley, a la que remite la disposición adicional sexta de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la opción que se brinda al demandado para alegar las excepciones procesales en el incidente previo a la contestación a la demanda o para acumularlas a las perentorias en este escrito, cobra sentido en una regulación en que actor y demandado, se disienten del auto que pone fin al incidente, pueden acudir, cualquiera que fuere el sentido de la decisión, al recurso de apelación, en los términos que previene el art. 538, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cosa que no ocurre en este orden jurisdiccional. No parece, por ello, que los arts. 536 y 542 de esta Ley puedan aplicarse supletoriamente al incidente de alegaciones previas en sus propios términos, al contrario, interpretados en el contexto del art. 538, con él forman bloque refuerzan la solución que se propugna, es decir, la posibilidad de que la parte demandada alegue en la contestación motivos de inadmisibilidad previamente aducidos, pues contra el auto desestimatorio recaído en dicho incidente no cabe, en contra de lo que ocurre en el proceso civil recurso alguno.

Lo mismo se colige si se acude al Texto Refundido de la Ley de lo Contencioso Administrativo de 8 de febrero de 1952 "invocado como argumento interpretativo en la Sentencia de 31 de enero de 1978- , pues aunque en su art. 46, párrafo segundo, luce idéntica opción que la antes reseñada para el proceso civil, tampoco el sistema de recursos en aquel viejo Texto venia determinado como ahora, por el sentido de la decisión del incidente, como

Entrando, pues, a examinar, sin más preámbulo, el motivo de inadmisibilidad del recurso, a que ya se ha hecho mención, es preciso tener en cuenta, como se ha dicho recientemente en Auto de 25 de enero de 1990, que es principio que informa nuestro ordenamiento procesal que la presentación de escritos debe tener lugar precisamente en la sede -Secretaria o Registro General, en su caso- del Juzgado o Tribunal al que aquéllos se dirigen. Así puede inferirse de los arts. 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 283, en relación con el 272.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues sólo de este Modo puede el Secretario -único titular de la fe pública judicial, ex art. 281.1 de esta última Ley- poner diligencia para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio, aunque por excepción, tratándose de escritos de "término" -aquéllos cuyo plazo de presentación vence en la fecha en que ésta se efectúa-, es también eficaz su presentación fuera de las horas ordinarias de despacho, ante el Juzgado de Guardia de la misma población -Real Orden de 17 de noviembre de 1914 , en relación con la Orden de 19 de junio de 1974 ,

punto doce-. Lo que no parece posible, si se quieren evitar graves distorsiones en el funcionamiento de la Administración de Justicia -con repercusión en los propios justiciables- es atribuir eficacia a la presentación de escritos forenses ante las dependencias de la Administración. En el punto relativo al lugar de presentación de escritos de interposición del recurso contencioso-administrativo, la postura de la jurisprudencia es prácticamente unánime -Sentencias de 26 de abril de 1963, 11 de marzo de 1967, 29 de noviembre de 1972, 2 de junio de 1976, 18 de mayo y 22 de diciembre de 1977, 15 de julio de 1982, 17 de septiembre de 1983 y 7 de abril de 1987, por citar sólo algunos ejemplos-. Para que la presentación sea eficaz debe producirse ante el propio órgano jurisdiccional o, en su caso, ante el Juzgado de Guardia correspondiente, sin que pueda atribuirse efectos interruptivos de los plazos señalados a la presentación de dicho escrito ante las dependencias de la Administración relacionadas en el art. 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Basta imaginar las consecuencias que podría comportar respecto a los plazos procesales, tanto para la interposición de los recursos, con el consiguiente quebrante del principio de seguridad jurídica, como para hacer efectivo el impulso procesal de oficio, si se trata de otros escritos que deben presentarse en un plazo perentorio. Y no puede argüirse para enervar la ineficacia de la presentación del escrito inicial de este proceso en el Gobierno Civil de Vizcaya que la propia Administración tuvo participación en el error sufrido por los recurrentes, al no advertirles de la idoneidad del medio empleado, ya que ni puede hacerse recaer esta carga sobre el funcionario receptor del escrito, ni su hipotética presentación ante el Juzgado de Guardia del lugar de su domicilio habría sido eficaz -el efecto distorsionador apenas varia-, ni en fin puede desconocerse la inidoneidad del medio escogido sobre la que descansa la doctrina jurisprudencial reseñada.

Por todo lo expuesto, procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso, en aplicación de lo establecido en el art. 82.f ) en relación con el 58, números 1 y 3.b) de la Ley Jurisdiccional, ya que publicada la disposición general recurrida en el B.O.E. correspondiente al día 30 de septiembre de 1986, aquél tuvo ingreso en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, órgano jurisdiccional al que iba dirigido, el 5 de diciembre siguiente, por tanto, transcurrido el plazo legal de dos meses para su interposición. Y no se diga que así se conculca el derecho fundamental proclamado en el art. 24. 1 de la Constitución, pues la tutela judicial efectiva se dispensa aunque no coincida el sentido de esta resolución con la petición de los recurrentes que habrán podido soslayar la interposición extemporánea del recurso dando puntual cumplimiento al mandato del art. 33 de la Ley Jurisdiccional. **(Sentencia de 8 de febrero de 1990. Sala 3ª, Sección 9ª. RODRIGUEZ GARCIA. Ar. 1137. )**

## XI. - SERVICIOS PUBLICOS

### **1. Gestión indirecta. Improcedencia en los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. Servicio de Recaudación Municipal.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

La representación procesal de los recurrentes impugna la sentencia de instancia alegando la validez del pliego de condiciones por las que se había de regir el concurso de adjudicación del Servicio de Recaudación por Gestión directa en periodo voluntario respecto de los valores en recibo y en periodo ejecutivo respecto de todo tipo de valores y que, por lo tanto, él constituye la ley del concurso conforme a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, alegando la irretroactividad de las normas del Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986 y que este texto no puede, por su carácter refundidos de la legalidad imperante, modificar el contenido de ésta, haciéndola más exigente; pero toda esta argumentación, que se halla hábilmente articulada sobre la promulgación y vigencia del Real Decreto Legislativo mencionado, que se terminó de publicar en el B.O.E. de 23 de los indicados mes y año, no puede tomarse en consideración, por cuanto, lo que es necesario tomar como fundamento de la argumentación, no es la retroactividad o irretroactividad del citado Real Decreto Legislativo, sino la vigencia y aplicabilidad de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985.

Establecida una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración Local, según resulta del número 2P del párrafo 1º, del artículo 143 y del no 18 del párrafo 1º del artículo 149, ambos de la Constitución, resulta patente que a aquél sólo le corresponde establecer las bases del Régimen Local y a ello, sin duda, responde la Ley de 2 de abril de 1985, siendo ello importante, por cuanto, como ponía de relieve el recurrente en instancia y, en definitiva, acoge la sentencia en ella recaída, la citada Ley, no es un texto básico precisado de ulterior desarrollo articulado, sino la fijación de los límites dentro de los cuales las Comunidades Autónomas pueden hacer sus regulaciones particulares, pero en la inteligencia de que sus normas son directamente aplicables, tanto a los administrados, cuanto a las Corporaciones que integran la denominada Administración Local y ello aclarado, resulta necesario puntualizar que el citado texto legal establece una regulación distinta y aun opuesta a los procedimientos de recaudación señalados en el artículo 731 de la Ley de Régimen Local de 1955, pues mientras este precepto autorizaba tanto la gestión directa como el arriendo, el concierto a la

gestión afianzada, el inciso final, del párrafo segundo del artículo 85 de la mencionada Ley reguladora de las bases del Régimen Local de 1985, tras autorizar la gestión de los servicios públicos, tanto de forma directa, como indirecta, establece que "en ningún caso podrán restarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad", añadiendo los párrafos segundo y cuarto del artículo 92 del mismo texto legal que "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcional, las que implican ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función" y, concretando el segundo de los párrafos mencionados, en realidad el cuarto del artículo citado, "que la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la Legislación del Estado"; es decir, aunque el texto no resulta excesivamente claro, por cuanto la excepcionalidad que establece no se sabe con certeza si se refiere tan solo a los funcionarios sin habilitación nacional, o también a los miembros de la Corporación, pareciendo más lógico aquello y deduciéndose que la excepcionalidad tampoco es predicable de los funcionarios con habilitación nacional, resulta claro que dichos preceptos excluyen de manera absoluta el sistema de gestión indirecta en todas sus formas, exceptuándose tan solo en el párrafo tercero del art. 106 de la Ley de 1985, las delegaciones de las entidades locales pueden realizar de los servicios de recaudación e inspección en favor de Entidades Locales de ámbito superior ( Diputaciones Provinciales ), de las respectivas Comunidades Autónomas y los sistemas de colaboración que pueden establecer con los citados, con otras Entidades Locales o con el Estado, de acuerdo con la legalidad de éste.

Excluido, por lo tanto, el sistema de gestión indirecta y autorizada, tan sólo la continuidad o prórroga de las situaciones ya existentes en determinadas circunstancias por la transitoria novena del Real Decreto Legislativo de 10 de abril de 1986, es necesario determinar la validez de todo el sistema de adjudicación llevado adelante por el Excmo. Ayuntamiento de Ciudadela y a este respecto es necesario tener en cuenta que todo el procedimiento se inició ya con posterioridad a la vigencia de la Ley de 2 de abril de 1955 y que las circunstancias concurrentes en el caso, las de ser una nueva adjudicación, impiden la aplicabilidad de la mencionada transitoria, aunque en él se dé una

cierta continuidad con la situación precedente, por ser el adjudicatario la misma persona que con anterioridad venia desempeñando la recaudación, pues ello nada significa, por cuanto, en realidad, se trata de una nueva adjudicación, sin vinculación alguna con la precedente y sin que, por lo tanto, se pueda establecer continuidad alguna entre ellas, como claramente resulta del pliego de condiciones aprobado.

Tales circunstancias determinan la nulidad absoluta y radical de los actos objeto de impugnación, por cuanto en el caso se ha producido un desconocimiento total y deliberado de la legalidad aplicable y de los procedimientos para establecer el servicio, todo lo cual ha conducido a un resultado imposible, por manifiestamente ilegal, circunstancias que determinan la nulidad absoluta y radical del acuerdo de adjudicación, en cuanto subsumible en el número segundo, del p. 1º del art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo resultando inoperante a efectos de esta declaración alguna de las circunstancias concurrentes en el caso, como la de ser el impugnante de instancia uno de los concurrentes que acató las condiciones aprobadas, al ser la justificación de la nulidad un supuesto de los recogidos en el mencionado art. 47 que actúa automáticamente y desde el momento mismo en que los actos se producen. **(Sentencia de 26 de enero de 1990. Sala 3ª, Sección 5ª. JIMENEZ HERNANDEZ. Ar. 561. )**

## XII.- BIENES

**Después de la Constitución no resulten ya viables, en ningún caso, las parcelas de propiedad privada en el ámbito de la zona marítimo-terrestre.**

**Las obras realizadas dentro de la zona marítimo-terrestre necesitaban autorización bajo el régimen de la Ley de de Costas de 26 de abril de 1969, aunque se trate de terrenos que fueron antes de la Constitución de propiedad privada. La reposición de las cosas a su primitivo estado sólo podrá ordenarse, tratándose de terrenos que con anterioridad a la Constitución eran de propiedad privada, cuando se acredite la incompatibilidad de la "cerca" con el interés público que protege el dominio marítimo-terrestre.**

Impugnada en estos autos la resolución administrativa que sancionaba, a la en su día demandante por "la construcción de una cerca ocupando terrenos de dominio público" -art 3.1, 3º de la Ley 7/1980, de 10 de marzo, sobre Protección de las Costas Españolas- la cuestión planteada por el Abogado del Estado se refiere a la posibilidad admi-



tida por la sentencia apelada y que él niega de que dentro de la zona marítimo-terrestre existan parcelas de propiedad particular.

Ya con este punto de partida será de recordar ante todo que esta sala carece de jurisdicción para formular pronunciamientos de titularidad dominical -artículo 2º,a) de la Ley Jurisdiccional y que por tanto sus declaraciones al respecto no tiene otra virtualidad que la meramente prejudicial establecida en el artículo 4º, 1 de la Ley Jurisdiccional.

Con esta precisión ha de subrayarse que después de la Constitución no resultan ya viables en ningún caso las parcelas de propiedad privada en el ámbito de la zona marítimo-terrestre. Así deriva terminantemente de su artículo 132 , 2: este precepto después de "remitirse" a la ley para la concreción de qué bienes integran el dominio público estatal, abandona ese criterio para asumir el directo protagonismo en la definición del dominio público marítimo incluyendo dentro de éste "en todo caso" la zona marítimo-terrestre. No existe ya posibilidad de propiedad privada dentro de dicha zona. Y ello desde el momento mismo de la publicación de la Constitución.

Naturalmente el citado artículo 132.2 "convive" con el artículo 33,3 también de la Constitución, convivencia o contexto éstos que exigen una interpretación sistemática que se resuelve entendiendo que en tanto se dictara la normativa al respecto -hoy Ley de Costas, 22/1988, de 28 de julio con su Reglamento aprobado por Real Decreto 1471-1989, de 1º de diciembre-, el particular gozaría de una posesión análoga a la que ostenta el concesionario: esta situación es perfectamente compatible con la afirmación de un dominio público.

En todo caso, en el supuesto litigioso las obras que han dado lugar a la sanción se realizaron dentro de la zona marítimo-terrestre y la necesidad de obtener autorización para ello -art. 7º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, vigente a la sazón era bien conocida por la en su día demandante que así la solicitó en 1976, obteniéndola en 1977 con la precisión de que había de dejar libre una franja de seis metros tierra adentro desde la línea que delimita la zona marítimo-terrestre. Y ahora al sustituir la vieja valla ha invadido dicha zona vulnerando la mencionada exigencia que consintió en su momento.

Así las cosas, bien desechados por la sentencia apelada los vicios formales invocados por la ahora apelada y siendo necesaria autorización para la realización de obras en la zona marítimo-terrestre, aunque se trate de terrenos que fueron antes de la Constitución de propiedad privada, habrá que entender concurrente la infracción prevista en el artículo 3º,1,3 de la Ley 7/1980.

Ahora bien, la resolución sancionadora aquí recurrida acuerda también la reposición de las cosas a su primitivo estado, lo que resulta en principio viable habida cuenta de las medidas complementarias previstas en el artículo 5º de la Ley 7/1980.

Pero tal reposición -no se olvide que en el supuesto litigioso se trata de terrenos que con anterioridad a la Constitución eran de propiedad privada- sólo podrá ordenarse cuando se acredite la incompatibilidad de la cerca con el interés público que protege el dominio marítimo-terrestre, como deriva de la doctrina sentada en la Sentencia de 6 de marzo de 1976, dictada por la antigua Sala Tercera de este Tribunal. **(Sentencia de 6 de marzo de 1990. Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>. DELGADO BARRIO. Ar. 1954. )**

### XIII. - URBANISMO

**La imprescriptibilidad que prevé el art. 94-I del R.D.U. respecto de las infracciones urbanísticas que afecten a terrenos calificados de zonas Verdes, no debe operar en aquellos casos en los que, por el transcurso de un largo período de tiempo entre la infracción y su sanción, se vulnere la equidad.**

Habida cuenta del contenido del Acuerdo de 19 de abril de 1955 por el que la Corporación recurrida impuso al hoy recurrente una multa por importe de 9.554.529 pesetas por infracción urbanística consistente en la parcelación ilegal de las fincas sitas en el sector de "La Valensana" de los términos municipales de Badalona y Montcada y Reixach, efectuada durante los años 1972 a 1977, y de las alegaciones vertidas por el recurrente en su demanda y por la Corporación recurrida en su contestación, conviene destacar las siguientes consideraciones en aras a la resolución de la presente litis: a ) , que, efectivamente el recurrente no era propietario de la finca matriz , y que intervino en las segregaciones que de la misma se efectuaron, como apoderado del propietario de aquélla, don Enrique V.N. (padre del recurrente, que falleció en 1975) , en virtud de escritura de apoderamiento de fecha 14 de junio de 1972, según resulta de las diversas copias simples de las escrituras de segregación aportadas por el actor, pese a todo lo cual no puede sostenerse con el recurrente que su condición de apoderado deba determinar la nulidad del expediente administrativo al no poderse imputar a su persona la comisión de infracción alguna y haber fallecido la persona presuntamente infractora, pues aun cuando en principio es cierto no puede imputarse la comisión de la infracción a quien actúa como mero representante de quien incurre en responsabilidad lo cierto es que no necesariamente ha de identificarse al "responsable" con el "propietario" , ya que nada impide que aquél sea persona distinta de éste cuando como en el caso el que actúa como representante es "agente" o promotor de la parcelación hecha, eso si, en nombre y representación de propietario, su padre a

quien el actor y según sus propias palabras (folio 40 del expediente ) representaba para evitar que realizara a sus noventa años de edad, incómodos y desaconsejables desplazamientos, sin perjuicio de reconocer que es cierto que la administración en la incoacción del expediente incurrió en error al identificarlo como propietario, error este que más tarde corrigió como resulta de la propuesta de resolución; b) por lo que se refiere a la prescripción de la infracción urbanística imputada que alega la parte actora con absoluta independencia del plazo de prescripción que se extienda aplicable, antes que nada hay que decir que efectivamente la parcelación realizada por el recurrente se consumó al margen de la adecuada oportuna fiscalización de la Administración e incumplimiento de los mínimos legales exigibles durante la vigencia del Plan Comarcal de 1953 y durante la posterior vigencia del Plan General Metropolitano (a excepción, claro está, de aquellas segregaciones que al cumplir con los requisitos de extensión mínima no han sido computadas como parte de la infracción) y que la mencionada infracción al ser continuada durante los años 1972 a 1977, vigente ya en esta última fecha el PGM, participa del régimen previsto por la Ley del Suelo, y el Reglamento de Disciplina y Urbanística, para las infracciones cometidas sobre zonas verdes pues en las NN.UU. del PGM, los sistemas generales de parque forestal (calificación que corresponde a la finca de autos) se ordenan como espacios libres o verdes quedando sometidos a las restricciones propias de estas zonas (artículo 205 de las NN. del PGM) por lo que es evidente la aplicación del contenido el artículo 188 de la Ley del Suelo que contrariamente a lo que sostiene el recurrente alcanza también al ámbito sancionador como resulta de la redacción del artículo 94 del R.D.U. que lo desarrolla, por lo que han de rechazarse las pretensiones aducidas al respecto indicando al propio tiempo que si puede admitirse con el recurrente que la imprescriptibilidad de la sanción ha de ser conjugada con el principio de seguridad jurídica pues es evidente que el reproche sancionador no puede venir a exigirse siempre y es por ello que sin que ello contradiga la imprescriptibilidad de la infracción, el límite de su exigencia debe buscarse en los que también limitan las facultades de revocación y anulación de la Administración que vienen señalados en el artículo 112 de la LPA, es decir, no puede pretenderse la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora pese a la imprescriptibilidad de la infracción, cuando tal ejercicio resulte contrario a la equidad por transcurso del tiempo o por cualquier circunstancia pero este no es el supuesto de autos pues concluida la parcelación ilegal en el año 1977, que tuvo su última entrada registral en 10 de marzo de 1978, e incoado un primer expediente en junio de 1978 del que no se siguió actuación alguna salvo la notificación al recurrente, es en 25 de febrero de 19 cuando se decide (sic) incoar el expediente que ha dado lugar a la

resolución objeto de recurso, por lo que transcurrido un plazo algo menor de cuatro años desde el último acceso registral, partiendo de la imprescriptibilidad de la infracción, no puede sostenerse que por razón del lapso de tiempo transcurrido se esté conculcando la equidad o bien, en palabras del Consejo de Estado transcritas por el recurrente, una objetividad y razonable confianza en que la facultad de exigir responsabilidad no fuere ya ejercitada. Abundando en este tema, cabe también exponer que resulta irrelevante que el recurrente pretendiera salvar su responsabilidad incluyendo en las escrituras de segregación la calificación urbanística de la finca con indicación de la prohibición de edificar por tal calificación de zona de bosque y aun la de efectuar movimientos de tierras, pues como señala la Corporación recurrida no es preceptiva la obra urbanizadora para hablar de parcelación ilegal, y la advertencia intercalada en la escritura no evita que el acto de segregación constituya el idóneo para la creación de las condiciones que objetivamente son necesarias para llegar a formarse el "núcleo de población" al que alude la Ley, o lo que es lo mismo las condiciones necesarias para transformar un terreno rústico en un asentamiento urbano, asimismo y en cuanto a la caducidad del expediente incoado en primer lugar, al que ya nos hemos referido y de cuya existencia deja constancia el documento número 14 de los acompañados a la demanda, ninguna consecuencia de caducidad puede extraerse por el hecho de no haberse seguido actuación alguna (a excepción de la notificación al recurrente), pues la redacción del artículo 99 de la L.P.A. no ofrece duda de que el instituto de la caducidad de expedientes está previsto para los instados por los administrados y no los incoados de oficio, como ocurre en el caso, y es más no puede obviarse lo preceptuado en el párrafo segundo del mencionado artículo 99 que deja bien claro que la caducidad del expediente por sí sola no produce la prescripción de las acciones que trasladando el caso que nos ocupa e interpretando a sensu contrario, no produciría la prescripción de la infracción (para el caso de ser prescriptible): y por lo que se refiere a las pretendidas nulidades por defectos procedimentales del expediente, sólo decir que han de rechazarse por cuanto de la falta de audiencia alegada respecto de los trámites relatados en el punto b) del fundamento IV de la demanda, ninguna indefensión se le ha derivado, y lo propio cabe decir de que la insuficiente motivación alegada y del rechazo de medios probatorios durante la instrucción del expediente mencionado, dado que todos los defectos procedimentales expuestos no han imposibilitado la defensa de sus intereses ni la revisión de los acuerdos recaídos por el cauce procesal del presente recurso contencioso; por último y en cuanto a la improcedencia de la sanción impuesta que alega el recurrente es base a sostener que la cabida real de la finca de autos es menor a la registral-

mente constatada, sólo decir que el resultado de la prueba pericial practicada en los presentes autos no conduce a la consecuencia pretendida ya que se limita a superficializar el plano aportado por la parte recurrente que no ha sido contrastado con la realidad física de la finca, por lo que han de rechazarse las pretensiones deducidas al respecto máxime si se tiene en cuenta que la certificación registral petitionada por la parte recurrente no ofrece duda de que la cabida registral de la finca no es sino la que la Corporación recurrida tuvo en cuenta a la hora de fijar la sanción, que excluyó en tal cómputo las segregaciones en las que concurren los mínimos de superficie exigible y todas aquellas realizadas con anterioridad a 1972; y es por ello y por cuanto antecede por lo que procede dictar sentencia desestimando íntegramente el recurso planteado y por ende la demanda formulada”.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se insiste por el recurrente en que “se limitó a intervenir en la formalización de las escrituras públicas, pero siempre siguiendo las instrucciones de su mandante y limitándose a ellas, no puede atribuírsele responsabilidad alguna, (...) en el apoderamiento se produce un derecho de representante a quedar indemne de los resultados de la gestión administrativa”. Resulta de los fundamentos jurídicos que se han aceptado que la sala de instancia ha entendido que en el caso presente el recurrente actuó como promotor de la urbanización, si bien en nombre de su padre, propietario de la finca de que se trata. Este Tribunal comparte el criterio que se acaba de expresar. El examen de los documentos aportados a las actuaciones pone de manifiesto que el recurrente actuó en virtud de unos poderes muy amplios que excluyen que pueda entenderse que en el caso presente se esté ante el supuesto del mandatario que lleva a cabo un negocio jurídico según instrucciones detalladas de su mandante, supuesto éste en el que si cabría considerar que no alcanzarían al mandatario las responsabilidades en que hubiera podido incurrir su mandante.

No obstante el error a que se ha aludido en el fundamento anterior, el mismo no puede tener la trascendencia que se pretende por la parte apelante. Este Tribunal comparte la argumentación de la sala de instancia de que la imprescriptibilidad que prevé el artículo 94.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística respecto de las infracciones, como la que ahora se enjuicia, que afecten a terrenos calificados de zonas verdes o espacios libres, no debe operar en aquellos casos en los que, por el transcurso de un largo periodo de tiempo entre la infracción y su sanción, se vulnere la equidad, pero en el caso presente el

transcurso del plazo referido de cerca de cinco años no debe ser obstáculo para llegar a la conclusión de no apreciar la prescripción de la infracción en cuestión. Se sienta la indicada conclusión a la vista de que en la normativa urbanística las infracciones de que se trata son consideradas como las más graves hasta el punto de no estar sujetas a plazo de prescripción, por lo que si actualmente las infracciones urbanísticas prescriben a los cuatro años, no puede entenderse que sea contrario a la equidad afirmar que con relación a una infracción considerada como mucho más grave que las sometidas al plazo de cuatro años referido sea excesivo un plazo de prescripción que no llega a los cinco años. Interesa también tener presente los efectos que se vienen examinando que en la época en que ocurrieron los hechos de que se trata determinadas infracciones administrativas, como las referentes a la materia de disciplina del mercado, prescribían a los cinco años. Por otro lado, preciso es señalar que esta Sala, en Sentencia de 4 de abril de 1988, referida a otra parcelación ilegal en terrenos colindantes a los parcelados por el recurrente, y que tenían la misma calificación urbanística que los de aquel, entendió que la infracción cometida era imprescriptible a tenor de lo establecido en los artículos 188 y 230 de la Ley del Suelo y 94 del Reglamento de Disciplina Urbanística. **(Sentencia de 13 de febrero de 1990. Sala 3<sup>a</sup>, Sección 6<sup>a</sup>. GARCIA-RAMOS ITURRALDE. Ar.1311. )**