

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 2016 (rec.2466/2014)

Encabezamiento

RECURSO CASACION/2466/2014

RECURSO CASACION núm.: 2466/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1321/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Jesús Cudero Blas

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 7 de junio de 2016.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **2466/2014**, interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la *sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 14 de mayo de 2014*, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 132/2012, a instancia de la Administración General del Estado, contra el acuerdo de 14 de diciembre de 2011 de las Juntas Generales de Guipúzcoa por el que se aprueba en sesión plenaria la resolución 42/2011 sobre imposición de la bandera española.

Ha sido parte recurrida las **JUNTAS GENERALES DE GUIPÚZCOA** representadas por la Procuradora de los Tribunales Dª Rocío Martín Echagüe.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 132/2012 seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, con fecha 14 de mayo de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo presentado por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la Resolución 42/2011 de las Juntas Generales de Gipuzkoa, aprobada en el Pleno celebrado el 14-12-2011; sin imposición de costas".

SEGUNDO.- La Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, presentó con fecha 11 de junio de 2014 escrito de preparación del recurso de casación.

El Secretario Judicial de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, acordó por diligencia de ordenación de fecha 23 de junio de 2014 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- La parte recurrente, presentó con fecha 24 de septiembre de 2014 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que solicitó se case la *sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de mayo de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 132/2012* (por error dice 223/2014, que es el núm. de la indicada sentencia) y estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con anulación de la resolución recurrida e imposición de costas a la contraparte.

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales D^a Rocío Martín Echagüe en representación de las Juntas Generales de Guipúzcoa, compareció y se personó como parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 30 de octubre de 2014, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación procesal de las Juntas Generales de Guipúzcoa, parte recurrida, presentó en fecha 9 de enero de 2015 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala se sirva admitir el recurso de oposición y previos los trámites pertinentes desestime en su integridad el recurso, con la imposición de costas correspondiente.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 3 de mayo de 2016, continuando la deliberación el siguiente día 10 de mayo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La *sentencia núm. 223/2014, de 14 de mayo de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, declara la inadmisibilidad -ex artículo 69.a) de la LJCA - del recurso contencioso-administrativo núm. 132/2012, presentado por el Abogado del Estado, contra la Resolución 42/2011 de las Juntas Generales de Gipuzkoa, aprobada en el Pleno celebrado el 14 de diciembre de 2011, sobre imposición de la bandera española.

La Resolución recurrida en la instancia dice:

"1. Las Juntas Generales de Gipuzkoa no están de acuerdo con obligar a colocar la bandera española, y consideran que se trata de una imposición inadmisibile. La imposición en contra de los sentimientos de la mayoría de las y los guipuzcoanos es intolerable.

2. Por dicho motivo, las Juntas Generales de Gipuzkoa manifiestan que la bandera española les es ajena, y que así se lo harán saber al Tribunal Supremo y al jefe de gobierno del Estado Español.

3. Las Juntas Generales de Gipuzkoa instan a la Diputación Foral a apoyar iniciativas que manifiesten oposición a la sentencia del Supremo; y a que, en consecuencia, a la hora de dar cauce a dichas iniciativas, adopte como criterio colocar un símbolo en la plaza Gipuzkoa a favor de la libertad de expresión que recoja el sentimiento de la mayoría de las y los guipuzcoanos".

SEGUNDO.- El recurso contencioso interpuesto por la Administración del Estado contra la reseñada resolución se funda en la consideración del carácter administrativo de la actuación recurrida, consecuencia del ejercicio de una potestad susceptible de producir efectos jurídicos.

En síntesis, la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de mayo de 2014* que declara la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción, razona que la competencia de esta Jurisdicción para conocer de un acto de las Juntas Generales de los Territorios Históricos se determina "ratione materiae", esto es, en los asuntos de personal y gestión patrimonial, no en vano esos órganos tienen la consideración de Administración Pública solo cuando actúan en dichos ámbitos, de conformidad con la *disposición adicional décimosexta de la Ley 30/1992*, y en el presente caso la resolución recurrida se ha dictado sobre materia (el uso de la bandera de España) que ni es de personal ni atañe a la administración o gestión de los bienes pertenecientes al patrimonio de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- El Abogado del Estado funda el recurso en dos motivos de casación, el primero articulado al amparo del apartado a) del art. 88.1 de la LJCA, y el segundo conforme al apartado d) del citado artículo.

Primero: Por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, con infracción de los artículos 1.3 y disposición adicional primera de la LJCA, 9.4 de la LOPJ y 9 y 106 de la CE. Alega que la dicción literal de la *disposición adicional primera debe ponerse en relación con la naturaleza peculiar de las Juntas Generales, pero siempre en el contexto determinado por los artículos 9, 24 y 106 de la CE* y de la jurisprudencia,

que impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los cuales la actividad de los poderes públicos se ejerce al margen de todo control. Añade que si en el caso de las Cortes Generales y en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas el ámbito del orden contencioso se limita a asuntos de personal y gestión patrimonial, es para delimitar el ámbito del control judicial y el propio del ámbito constitucional, pero no porque haya ámbitos en que el ejercicio de los poderes públicos esté excluido a priori del control en cuanto a su ajuste al ordenamiento jurídico. Subsidiariamente, entiende que el acto recurrido está dentro de las funciones de gestión patrimonial de las Juntas Generales.

Segundo: Por infracción de la *disposición adicional primera y artículo 1.3.a) de la LJCA* , en relación con el *artículo 69.a) de la misma Ley* , en una interpretación conforme con el *artículo 106 de la CE* y los *artículos 1.1 de la apuntada Ley, 9.4 de la LOPJ y 9.1 de la CE* , e infracción de la jurisprudencia. Alega que la resolución recurrida tiene por finalidad "impulsar la acción política y de gobierno" y, por lo tanto, implicará la potencial realización de acuerdos con el empleo de las potestades administrativas.

CUARTO.- Recogeremos a modo de antecedentes, estrictamente vinculados a este mismo asunto, las resoluciones dictadas por la Sala del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y las dictadas por esta Sala resolviendo los recursos de casación interpuestos contra aquellas respecto al uso de la bandera española en la reseñada Diputación Foral.

A) La *sentencia de fecha 30 de septiembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Primera, resuelve estimar el recurso contencioso administrativo núm. 701/2003* formulado por el Abogado del Estado contra la inactividad administrativa de la Diputación Foral de Guipúzcoa consistente en desatender el requerimiento formulado por la Administración del Estado para que, en cumplimiento de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, sobre uso de banderas, se hiciese ondear la Bandera Española en el exterior de la sede de la Diputación mencionada y en el lugar que le corresponde, y, en consecuencia, condena a la demandada a dar cumplimiento a la legislación sobre banderas.

A continuación, en el recurso de casación núm. 6934/2005 interpuesto por la Diputación Foral de Guipúzcoa contra la anterior, se dicta *sentencia de 6 de noviembre de 2009* , declarando no haber lugar al recurso de casación. Y esta sentencia dice:

<<CUARTO.- El segundo motivo por el que se anuncia la infracción de los *artículos 3.1 y 6.1 de la Ley 39/1981* . El motivo está formulado en términos esencialmente idénticos a los resueltos por las *sentencias de esta Sala de 24 de julio de 2007 -recurso de casación nº 354/04 -*, *25 de noviembre de 2008 -recurso de casación nº 5828/04 -* y *12 de mayo de 2009 - recurso de casación nº 10900/04 -*, por lo que su solución ha de pasar por lo en ellas resuelto. Se decía en las *sentencias de 24 de julio de 2007 y 12 de mayo de 2009* , con remisión a la de 14 de abril de 1998, y en la de 25 de noviembre de 2008, con remisión a la de 24 de julio de 2007, que " ... *artículo 1.º, clave para entender y expresar el contenido, alcance y significado que el símbolo tiene, expresa que "La Bandera de España simboliza la nación, es signo de soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución". En el art. 3.º.1 especifica que "La Bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central,*

institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado". La expresión "deberá ondear" que utiliza el legislador, formulada en imperativo categórico viene a poner de relieve la exigencia legal de que la Bandera de España ondee todos los días y en los lugares que expresa, como símbolo de que los edificios o establecimientos de las Administraciones Públicas del Estado son lugares en donde se ejerce directa, o delegadamente, la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública en toda su amplitud e integridad, sea del orden que fuere, de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucionales que la propia bandera representa, junto con la unidad, independencia y soberanía e integridad del Estado Español. Por ello, la utilización de la Bandera de España en dichos edificios o establecimientos debe de serlo diariamente como manifestación, frente a los ciudadanos, del contenido que simboliza y representa, y sin que la expresión usada por el legislador quede desdicha por la locución "cuando se utilice" que se recoge en el art. 6.º de la misma Ley , pues este artículo al igual que el n.º 7.º está regulando la utilización esporádica, accidental, eventual, no cotidiana, con ocasión de tener lugar los "actos oficiales" a que hace referencia el art. 4 de la Constitución y también, sin este carácter de oficialidad, cuando con motivo u ocasión de actos públicos o ceremonias se quiera hacer patente el ámbito nacional de los mismos o su proyección, enarbolando para ello la bandera. La Ley distingue y regula dos diferentes situaciones en las cuales debe ondear la Bandera de España. La primera en el exterior de los edificios y establecimientos de las Administraciones del Estado, en los que la bandera debe ondear diariamente con carácter de permanencia, no de coyuntura, no de excepcionalidad sino de generalidad y en todo momento. Por ello, el legislador a lo largo del art. 3 utiliza siempre las expresiones gramaticales en sentido imperativo "será la única que ondee" (párrafos 2 y 3) "se colocará" (punto 4) "se enarbolará" (punto 5) para expresar una idea o un contenido normativo de naturaleza permanente y no esporádica, frente a la regulación que efectúa en los artículos 6.º y 7.º que es coyuntural, accidental o eventual. Por ello regula el lugar que debe ocupar cuando concorra con otras, especificando le corresponde el lugar destacado, visible y de honor, y preeminente respecto de las otras, así como que el lugar preeminente y de máximo honor será la posición central cuando el número de banderas sea impar y siendo par, de las dos posiciones que ocupan las del centro la del lado izquierdo del observador".

Debiéndose mantener la doctrina expuesta, el segundo motivo también debe desestimarse>>.

B) A continuación debe tomarse en consideración la *sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 2011* , y el auto de aclaración de 9 de diciembre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 5638/2010 interpuesto por el Abogado del Estado, contra el *Auto de fecha 29 de abril de 2010, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco* en ejecución de *sentencia del reseñado recurso núm. 701/2003* , seguido a instancias de la Administración del Estado para el cumplimiento de la legalidad en materia de banderas.

En el reseñado *auto de 29 de abril de 2010* , se acuerda: "*Desestimar la pretensión formulada por la Abogacía del Estado y teniendo por ejecutada la Sentencia, archivar el procedimiento. Sin costas*". Expresa el auto en su razonamiento único que "*el pronunciamiento de la ejecutoria se ha llevado a cabo pues la bandera ondea, en efecto, en el lugar legalmente asignado*". Lo anterior es confirmado por auto de 2 de junio de 2010 al desestimar el recurso de súplica interpuesto.

El Abogado del Estado interpuso el *recurso de casación núm. 5638/2010* contra

el auto desestimatorio de fecha 29 de abril de 2010 , deducido por la Administración del Estado en aras al cumplimiento de la Ley 39/1981, de Banderas.

Lo anterior parte de que la sentencia que se ejecuta fue confirmada por este *Tribunal Supremo en fecha 6 de noviembre de 2009 al desestimar el recurso de casación núm. 6934/2005* interpuesto por la representación y defensa de la Diputación Foral de Guipúzcoa contra la *sentencia de fecha 30 de septiembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Primera, en el recurso núm. 701/2003* , interpuesto por la Administración del Estado contra la desestimación presunta por silencio administrativo del requerimiento formulado ante la Diputación Foral de Guipúzcoa para que cumpliera la legalidad en materia de banderas.

Y la *sentencia de 17 de noviembre de 2011 de esta Sala* -al resolver el recurso de casación interpuesto contra el auto de ejecución- declara haber lugar al recurso de casación contra el auto reseñado, que anula, y resuelve que "*Procede ordenar la retirada de la placa que acompaña a la bandera española en la sede de las Juntas Generales de Guipúzcoa, pórtico del Palacio de la Diputación Foral*". La declaración institucional que incorpora dicha placa o cartel, contraria a la colocación de la bandera española como "símbolo impuesto bajo amenaza de sanción en la institución superior de Guipúzcoa" aparece transcrita en las actuaciones, por ejemplo en los escritos de la Abogacía del Estado. Y razona la sentencia:

<<SEGUNDO.- Un único motivo de casación al amparo del *art. 87.1. c) LJCA* por infracción del *art. 108.2. LJCA* aduce que si bien la bandera se colocó conforme a la citada sentencia, al mismo tiempo se añadió una placa que entre otras cosas recogía: "He ahí la bandera, símbolo de esta situación, puesta; por quien no desea hacerlo, a la que el viento ondea con ironía".

A su entender tal texto, desvirtúa claramente la obligación impuesta por la sentencia. Y defiende la obligación que se manda realizar, no sólo encierra un mandato material, cual es la colocación de la bandera, sino un mandato simbólico que supone la permanencia del signo del Estado en la Diputación Foral, mandato que no se puede estimar como cumplido, si se declara de forma expresa que se está en su contra. Así invoca entre otras, en la STS de 25 de noviembre, de 2008. Tras su cita sostiene que la colocación de la placa infringe el fallo de la sentencia para lo cual reproduce parcialmente la *Sentencia de 29 de setiembre de 2009* .

1.1 Objeta el motivo la defensa de la Diputación Foral. Esgrime que la sentencia se ha cumplido sin que la colocación de la placa incida en aquella ejecución. (...)

QUINTO.- Sentado el marco del debate, procede, pues, resolver si conforme a la doctrina expuesta la Sala de instancia ha interpretado adecuadamente el fallo de la sentencia en relación con su fundamentación jurídica para concluir que la sentencia se encuentra o no debidamente ejecutada.

Si bien la *Sentencia invocada de 25 de noviembre de 2008* , rec. casación 5828/2004 se refiere a la exigencia legal de que la bandera nacional deberá ondear todos los días en el exterior de los edificios oficiales en nada incide sobre la sentencia cuya ejecución se discute, ya que tal aserto fue hecho en la sentencia que se ejecuta.

Diferente es la *sentencia también esgrimida de 29 de septiembre de 2009* , rec. casación 2827/2005 donde se analiza en su FJ4º la doctrina ya manifestada en

jurisprudencia anterior acerca de la ejecución fraudulenta que resulta oportuno reiterar tras la nueva LRJCA de 1998, cuando la Administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley.

Del texto legal deduce dos supuestos diferentes de ejecución fraudulenta, el primero (103.4 y 5), con una connotación estrictamente jurídica como cuando en el ámbito urbanístico, estaríamos, en presencia del posterior planeamiento aprobado o de la posterior licencia dictada «con la finalidad de eludir» la nulidad judicialmente decretada del anterior planeamiento o de la previa licencia.

Y, el segundo (108.2), que pudiera tener como fundamento una actuación de tipo material. Este segundo supuesto (108.2 de la LRJCA) al que la precitada *sentencia de 29 de septiembre de 2009* ha denominado ejecución fraudulenta de la sentencia "viene determinada no como consecuencia de una actividad jurídica de la Administración --esto es mediante actos o disposiciones dictados para contradecir los pronunciamientos de las sentencias, que acabamos de examinar--- sino como consecuencia de una actividad material de la propia Administración «que contraviniera los pronunciamientos del fallo» de la misma. Es, como decimos, el supuesto contemplado en el artículo 108.2 de la LJCA en el cual se hace referencia a los casos en los que «la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo»".

Justamente, al contrario de lo acontecido en la precitada sentencia es el supuesto de autos que no cabe calificar, como arguye la Diputación Foral, como expresión de pluralismo político, el cual se desarrolla en el seno de los órganos legislativos mas debe ser ajeno al cumplimiento de las sentencias.

SEXTO.- Dicho lo anterior ha de concluirse que tiene razón el Abogado del Estado cuando denuncia una ejecución fraudulenta de la sentencia desvirtuando la ejecución de la misma en sus propios términos.

La Sentencia resolvió que, conforme a la legislación vigente, Ley 39/81, de Banderas, había de ondear la bandera española.

Como se dijo en la *Sentencia de este Tribunal de 21 de junio de 2005, recurso de casación 4936/2002* , FJ 2º, "la sentencia no es sino la respuesta a una concreta pretensión, definida por lo que se pide y por la causa de pedir, de suerte que la satisfacción de la pretensión acogida debe suponer, en principio, el cumplimiento mismo de la sentencia".

O en fecha más reciente la *Sección Quinta de esta Sala, en el recurso de casación 4517/2010, Sentencia de 3 de junio de 2011* , FJ 9º insiste en que " Las sentencias están para cumplirse en sus propios términos ex artículo 118 de la CE , a salvo las casos de imposibilidad legal o material ex artículo 105 de la LJCA que no hacen al caso, pues constituye la propia esencia de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la CE). Sin que su acatamiento y cumplimiento pueda someterse a una suerte de ponderación de intereses sobre si dicha ejecución conviene o no al interés público.

No se dictan sentencias y luego se valora si el interés público demanda su cumplimiento y ejecución. El interés público superior es el cumplimiento del núcleo de

la potestad jurisdiccional, constitucionalmente establecido, que demanda que la decisión judicial firme se cumpla, y que las infracciones normativas que se han declarado tengan las consecuencias previstas en la sentencia que se pretende ejecutar".

Se trata, por tanto, de que la misma ondee tal cual dispone la normativa vigente, es decir la Ley de Banderas. Ello implica que no ha de existir interferencia alguna tras su colocación en el ámbito que corresponda. Por ello la colocación de la placa denunciada implica un cumplimiento simulado de la Sentencia.

En consecuencia, procede declarar que ha lugar al recurso de casación respecto del *auto de 29 de abril de 2010* , y en consecuencia procede ordenar que la Bandera ha de ondear sin interferencia alguna por lo que la placa ha de ser retirada>>.

Aprueba pues que se ha producido lo que denomina "ejecución fraudulenta" de la sentencia desvirtuando la ejecución de la misma en sus propios términos.

El asunto sometido ahora a nuestra consideración es sin duda corolario de aquellas sentencias y no puede entenderse al margen de las mismas.

QUINTO.- Es también relevante recordar la *sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 1601/2006* , interpuesto en este caso por las Juntas Generales de Vizcaya, contra la *sentencia de 30 de noviembre de 2005 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso contencioso administrativo núm. 880/2003* -en ocasiones identificado como 808/2003-, en el que se impugnaba la desestimación presunta por silencio administrativo del requerimiento formulado ante las Juntas Generales de Vizcaya para que cumpliera la legalidad en materia de banderas.

El Abogado del Estado interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo del requerimiento formulado ante las Juntas Generales de Vizcaya para que cumpliera la legalidad en materia de banderas, y terminó por *sentencia de 30 de noviembre de 2005, que rechazando las causas de inadmisibilidad invocadas por la demandada, estima el recurso contencioso administrativo núm. 880/2003* formulado por el Abogado del Estado contra la inactividad administrativa de las Juntas Generales del Territorio Histórico de Bizkaia consistente en desatender el requerimiento formulado por la Administración del Estado para que se diera cumplimiento a la legislación sobre banderas y, en consecuencia, condena a la demandada a dar cumplimiento a esta última en los términos expuestos.

Razona la *sentencia de 2 de diciembre de 2008 -recurso de casación núm. 1601/2006 -*:

<<CUARTO.- El motivo tercero de casación se aduce al amparo de lo previsto en el *artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y en concreto de los *artículos 58 y 74 de la LOPJ* y *artículo 25 de la LJCA* , en relación con el *artículo 1.3.a) y Disposición Adicional Primera.1 de la LJCA*

Alegando entre otros: La doble concepción de los entes descritos tiene trascendencia si lo interrelacionamos con la diferente tipología que sobre el objeto del recurso contencioso administrativo se especifica en el *artículo 25 de la LJCA* . Dicho precepto establece en su apartado primero como recurribles las "disposiciones de

carácter general y actos expresos y presuntos de la Administración Pública que ponga fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite"; por su parte en su apartado segundo se establece como objeto diferenciado del anterior "la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en la ley", descripción que a entender de esta parte resulta fundamental, pues tal y como se indicó en el escrito de contestación a la demanda compete a la jurisdicción contencioso administrativa conocer únicamente la impugnación de actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos a derecho público adoptados por las instituciones parlamentarias del Estado o de las Comunidades Autónomas y otros órganos no administrativos, pero no así los supuestos de inactividad a que se refiere el citado *artículo 25.2 de la LJCA* . La argumentación expuesta resulta aplicable a las Juntas Generales Juntas Generales de Bizkaia en virtud de lo dispuesto en la *disposición adicional primera de la LJCA* según la cual "en la Comunidad Autónoma del País Vasco... la referencia del apartado 3.a) del artículo 1, incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos". La existencia del recurso contencioso administrativo contra "los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial", en cuanto que no constituyen actos administrativos de administraciones públicas sino meros actos instrumentales de órganos constituciones o análogos, únicamente suponen una ampliación de la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo respecto de aquellos, sin que en ningún momento quepa hacer una interpretación extensiva, incluyendo dentro de los mismos actuaciones (inactividad) de los órganos constitucionales o de naturaleza parlamentaria, sino que por el contrario, la interpretación sobre su alcance y contenido debe ajustarse a los estrictos términos recogidos en la Ley Jurisdiccional. Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues la sentencia recurrida ha valorado la cuestión y lo ha hecho de acuerdo con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo expuesta en casos similares y por tanto no cabe apreciar ninguna de las infracciones denunciadas. Sin olvidar que la parte recurrente es una Administración y como tal, y como ha declarado reiteradamente esta Sala estaba obligada al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 39/81, como incluso llega en buena medida a aceptar en su escrito, -pag 11- y por tanto es claro que la Administración del Estado podía instarla a su cumplimiento, utilizando el procedimiento al efecto establecido y si no accedió a ello es claro que se produce en acto administrativo presunto impugnabile ante esta jurisdicción, como ha declarado la Sala de Instancia y también esta Sala del Tribunal Supremo, en los supuestos similares, que sobre esa misma materia ha resuelto.

Siendo de recordar al efecto que *esta Sala en sentencia de 9 de diciembre de 2004, recaída en el recurso de casación nº 7893/99* , ha declarado en relación con la naturaleza de las Juntas Generales: " *se trata de una entidad que cuenta con potestad reglamentaria pero no legislativa, es decir, se trata de una entidad con un poder normativo inferior, de inferior rango a la Ley, a la que está sometido, pero superior al Local en tanto en cuanto que sí tiene capacidad política y una mayores atribuciones competenciales y de desarrollo, y por ende, se trata de un ente inferior a los autonómicos pero superior a los locales, en el sentido indicado, y siendo así que unos y otros cuentan con la obligación derivada de la Ley de Banderas es evidente que también debe contar con ella la recurrida*>>.

Es claro pues que allí se impugnaba la desestimación presunta por silencio administrativo del requerimiento formulado ante las Juntas Generales de Vizcaya para

que cumpliesen la legalidad en materia de banderas y se vienen a rechazar las causas de inadmisión opuestas en su día por la entonces demandada -Juntas Generales de Vizcaya-, al apreciar la Sala que existe un acto administrativo impugnado ante esta jurisdicción.

Expuestos los anteriores antecedentes procede examinar los motivos del presente recurso de casación.

SEXTO.- El Abogado del Estado alega un primer motivo de casación, al amparo del *artículo 88.1.a) de la Ley Jurisdiccional* , por defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

A su juicio, la sentencia aplica indebidamente el *artículo 1.3 de la LJCA* , en conexión con su *disposición adicional primera* y, por ello, también el *artículo 9.4 de la LOPJ* que define la competencia de este orden jurisdiccional, y los *artículos 9 y 106 de la CE* que someten a los Tribunales la actuación de los Poderes públicos.

La sentencia considera que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se limita, en cuanto a los actos emanados de las Juntas Generales, a lo estrictamente dispuesto en tal *disposición adicional primera de la LJCA* : actos de personal o gestión patrimonial, y considera que, al no ser el recurrido de esta índole, no es competente. Con esta premisa, afirma que es innecesario analizar si estamos o no ante un acto político, y si produce efectos jurídicos o no. Para fundar esta argumentación, afirma en su fundamento de derecho tercero que *"la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de las Juntas Generales de los Territorios Históricos no viene delimitada en razón a la naturaleza de esos actos; sino "positivamente" en razón al ámbito de la actuación o a su materia (disposición adicional 1ª en relación al artículo 1º 3 a) de la Ley Jurisdiccional)"*.

Señalando que, "a sensu contrario", *"en lo que se refiere a los actos del Gobierno, Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas el artículo 2º a) de la Ley Jurisdiccional , de aplicación a las Diputaciones Forales por virtud de la D.A. 1" dice "cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos". Considera que: "...el legislador procesal ha superado la distinción entre las categorías de acto político y acto administrativo al fijar los límites del control jurisdiccional respecto a los actos producidos por los órganos legislativos o ejecutivos, u otros que no tienen la consideración a esos mismos efectos de Administración Pública, de conformidad con el artículo 1º-2 de la LJCA .*

No es necesario, por lo tanto, dilucidar cuál sea la verdadera naturaleza de la resolución recurrida, si puramente política o restringida al ámbito parlamentario y de relaciones "internas" entre las Juntas Generales y la Diputación o de naturaleza administrativa, sino determinar el ámbito o materia propio de las declaraciones que integran el contenido de aquella actuación".

Se funda la sentencia, no solo en el tenor literal de la norma, sino en que *"esos órganos tienen la consideración de Administración Pública solo cuando actúan en dichos ámbitos, de conformidad con la disposición adicional 16ª de la Ley 30/1992 "* , por lo que no son *"actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo"* conforme al *artículo 9.4 de la LOPJ* .

Adicionalmente, rechaza los argumentos de la Abogacía del Estado sobre la

sujeción de las disposiciones de las Juntas Generales a la jurisdicción contenciosa con el argumento de que *"A esos mismos efectos no puede confundirse el régimen de los actos con el de las disposiciones (sic) de las Juntas Generales, porque el control de los primeros se determina positivamente mientras que el de los segundos se determina de forma negativa"*. Asimismo, en su fundamento de derecho cuarto, rechaza la jurisprudencia constitucional alegada por la Abogacía del Estado sobre control de las actuaciones de las Cortes o Asambleas legislativas afirmando que *"Unos son los límites a las competencias del Tribunal Constitucional respecto, en lo que hace al caso, a los actos no legislativos de las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y otros son los límites al control de los actos de esos órganos y por extensión de las Juntas Generales de los Territorios Históricos por parte de los Tribunales de este orden jurisdiccional"*. Y admitiendo el control judicial únicamente *"si excediendo del valor propio de una simple declaración de intenciones o de la manifestación de una discrepancia con el ordenamiento y su aplicación por los órganos gubernativos y judiciales competentes tuviera la virtualidad de producir efectos jurídicos en ámbitos externos al "Parlamento Foral", pero solo "en materia bien de personal bien de gestión patrimonial"*. Por ello insiste en que *"a falta de ese prius resulta ocioso dilucidar el verdadero alcance de la resolución recurrida, sí de opinión e iniciativa política en ejercicio de los poderes de representación e impulso de la acción de gobierno propios de la Cámara Foral o si de un acto de esa naturaleza y a la vez generador de efectos jurídicos ad extra"*.

Y por último, rechaza que el artículo 106 de la CE le ofrezca cobertura competencial suficiente -fundamento de derecho quinto-, y concluye negando toda analogía de las Juntas Generales con entes locales. Así considera que *"La recurrente llega a calificar de entidad local a las Juntas Generales (apartado II de la fundamentación jurídica de la demanda), suponemos que por un error de transcripción, ya que tal calificación no se compadece con la naturaleza de esa institución del Territorio Histórico, definida legal y doctrinalmente, ni con su equiparación a efectos de control jurisdiccional con otras instituciones de similar naturaleza o función. Y tal es así que el ejercicio de la acción impugnatoria no se ha tratado de amparar, previo requerimiento previo, en su caso, en los artículos 65 o 66 de la Ley 7/1985 de bases de régimen local, como en los supuestos de recurso contra las actuaciones de los Ayuntamientos contrarias a la Ley 39/1981"*.

Este es el planteamiento de la sentencia recurrida que combate la Abogacía del Estado a través de su recurso de casación.

SÉPTIMO.- Los artículos 9.1 , 106 y 24 de la CE , no admiten para los poderes públicos espacios libres de control, salvo que la naturaleza peculiar del acto determine que estamos ante un "acto político" en sus diversas manifestaciones.

Es cierto que las Instituciones de los Territorios Históricos tienen una "peculiar naturaleza". La dificultad de reconducir estas Instituciones Forales a los parámetros generales de las instituciones existentes en el resto de España ha suscitado que se hable de su "doble naturaleza" -foral y local-, por lo que tanto el artículo 39 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local considera que ésta les es subsidiariamente aplicable. Para determinar la competencia objetiva de los tribunales contencioso-administrativos en función de si sus actuaciones (en este caso, de las Diputaciones Forales) responden al ejercicio de sus competencias forales o a las comunes propias de un Ente Local: cabe acudir, por ejemplo, al Auto de 15 de junio de 2006 (recurso de casación núm. 9184/2003) cuando dice que: *«(...) habrá de atenderse a la naturaleza jurídica dual de los órganos forales o, lo que es lo mismo, a la naturaleza de las*

competencias ejercitadas en cada caso por tales órganos -de régimen común o foral- para asimilarlas, según el caso, a las Entidades locales o a las Comunidades Autónomas, a los efectos de proceder a la aplicación de los artículos 8 y 10 de la LRJCA ".

Si bien en un primer momento la doctrina consideró a los Territorios Históricos como meros entes locales, con las consecuencias que dicha consideración tenía desde la perspectiva de la naturaleza de sus normas jurídicas, progresivamente se fue planteando la «doble naturaleza jurídica de los Territorios Históricos». En cualquier caso, la doctrina ha mostrado un eclecticismo en cuanto a sus posiciones que da buena cuenta de la «peculiaridad» del régimen foral. Se ha considerado que las consecuencias de esa «naturaleza jurídica dual» de los Territorios Históricos tienen reflejo en las materias que regulan y en la naturaleza jurídica de las normas forales. Por su parte, la organización de los Territorios Históricos también se beneficia de su naturaleza jurídica foral al superar las formas de organización corporativa, estructurándose como regímenes parlamentarios, con un órgano representativo elegido directamente, las Juntas Generales, titulares de la potestad normativa y de la competencia para elegir al Diputado general, aprobar los presupuestos y controlar la acción de la Diputación Foral, y un órgano ejecutivo, la Diputación Foral, emanación de esas Juntas Generales, órgano colegiado que asume el gobierno y la administración, correspondiéndole la función ejecutiva, la potestad reglamentaria y la iniciativa normativa. La Diputación Foral, cuyos órganos cabecera son el Consejo de Diputados, el Diputado General y los Diputados Forales, es una administración burocrática parangonable a sus homónimas autonómica y estatal.

Ya recogíamos antes (*sentencia de 2 de diciembre de 2008 -recurso de casación núm. 1601/2006 - y la de 9 de diciembre de 2004 -recurso de casación núm. 7893/1999 - que allí se cita*), lo que se ha dicho sobre la naturaleza de las Juntas Generales como una entidad que cuenta con potestad reglamentaria pero no legislativa, es decir, se trata de una entidad con un poder normativo inferior, de inferior rango a la Ley, a la que está sometido, pero superior al local en tanto en cuanto tiene capacidad política y unas mayores atribuciones competenciales y de desarrollo, y por ende, se trata de un ente inferior a los autonómicos pero superior a los locales.

En definitiva, la complejidad del proceso de actualización de los derechos históricos ha dado lugar a entidades que quedan imbuidas de dicha complejidad en su propia naturaleza jurídica y que si bien participan de la consideración de entidades locales y en cuanto tal ejercitan competencias en "régimen común", también ejercitan otras de "régimen foral" que las singularizan; lo que va a afectar incluso a su régimen de fiscalización jurisdiccional.

Pues bien, en este marco, la dicción literal de la *disposición adicional primera de la LJCA* debe ponerse en relación con la naturaleza peculiar de estas Instituciones, pero siempre en el contexto determinado por los *artículos 9 , 24 y 106 de la CE* , y de toda la jurisprudencia, que impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los cuales la actividad de los poderes públicos se ejerce al margen de todo control, bien del Tribunal constitucional, bien de los Tribunales de Justicia. La interpretación de la sentencia de instancia es restrictiva, acerca del alcance del control del ajuste a Derecho de la actuación de los poderes públicos.

La *sentencia de esta Sala, Sección Cuarta, de 24 de noviembre de 2003 - recurso de casación núm. 7786/2000 -*, hace continua referencia al control de la

actividad, no solo de los órganos ejecutivos, sino en general de los emanados de los poderes públicos, incluidos los "actos parlamentarios", señalando que no hay parcelas excluidas "a priori" de tal control, sino que la cuestión de si por su contenido son o no actos políticos afecta al fondo. Así, señala:

<<TERCERO.- (...) La polémica sobre dichos actos y sobre la distinción entre su control jurídico y su control político debe abordarse teniendo en cuenta lo dispuesto en diversos preceptos constitucionales: la sumisión de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (*art. 9.1 CE*); la constitucionalización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que ampara a toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (*art. 24.1 CE*), de manera que, como ha señalado el *ATS de 15 de enero de 1993* , tal constitucionalización "ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad"; el *art. 97 CE* que atribuye al Gobierno la dirección de la política interior y exterior, la Administración Civil y Militar y la defensa del Estado, así como el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la *Constitución y las leyes*; y el *art. 106* que atribuye a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.

La jurisprudencia postconstitucional de este Alto Tribunal ha apreciado el carácter o naturaleza política, en orden al enjuiciamiento de legalidad, respecto de determinados actos del Gobierno y de órganos parlamentarios. La existencia de tales actos debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en virtud de lo establecido en los *artículos 9.1 y 24 de la Constitución* , y en lo señalado en el *artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , cuando dispone que "*los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*". Y, en todo caso, es preciso que el ordenamiento jurídico-constitucional confiera la debida cobertura a lo que no son sino excepciones, más o menos matizadas, al derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Los llamados actos políticos son siempre residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando vulneren derechos fundamentales, ya que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos, independientemente de la naturaleza política o no de la actividad desarrollada, y su protección corresponde, por vía sumaria y preferente, a la jurisdicción ordinaria (*art. 53.2 CE*) y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional. Y, en fin, cuando los actos exentos de control jurisdiccional afecten a derechos intereses legítimos o a situaciones jurídicas de terceros de contenido patrimonial o susceptibles de una valoración de tal naturaleza, es menester prever el resarcimiento del perjudicado por la Administración.

CUARTO.- El acto político, por otra parte, es susceptible de control, según la más moderna corriente jurisprudencia! cuando contenga elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico; o, como manifiesta el *ATS de 15 de enero de 1993* y la *STS de 28 de junio de 1994* , cuando el legislador haya definido mediante conceptos jurídicamente asequibles los límites o requisitos previos a que deben sujetarse dichos actos. Se da así una interpretación del acto político distinta de la de su clásica concepción, entendiéndose que no puede admitirse en nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Y así resulta, en la actualidad, de la

Ley de la Jurisdicción de 1998 (arts. 1 y 2.a).

Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo de contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico o jurídicamente asequibles, tales elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional, como ha señalado nuestra jurisprudencia. Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable. Por tanto, no es posible acoger "*la doctrina del acto político*" como excepción al examen jurisdiccional y declarar la inadmisibilidad del recurso, debiendo entrarse por el contrario en el estudio del fondo del asunto>>.

Es en el marco jurídico constitucional que delimita esta sentencia, en orden al enjuiciamiento de legalidad de determinados actos del Gobierno y de órganos parlamentarios, huyendo de una interpretación restrictiva de su control y patrocinando, por el contrario, su sometimiento al control jurisdiccional, bajo el que debemos resolver el presente recurso.

Así, partiendo de este principio general de que el ajuste a Derecho de la actuación de los poderes públicos está sujeto a control (constitucional o jurisdiccional según los casos), la contextualización de la *disposición adicional primera de la LJCA* debe hacerse por referencia a la CE y a la LOTC. Por cuanto la mención de asuntos de personal y de gestión patrimonial se explica de modo expreso en la propia norma por la analogía de este órgano representativo -las Juntas Generales-, con una Asamblea parlamentaria, pero debe tener en cuenta la peculiaridad derivada de que las actuaciones de tales Juntas Generales, contra lo que sucede con las Cortes o las actuaciones de las Asambleas legislativas de las CCAA no están en ningún caso sometidas al control del Tribunal Constitucional (a salvo lo previsto en *disposición adicional quinta de la LOTC* respecto de las Normas Forales fiscales). Sin embargo, el *artículo 42 de la LOTC* sí atribuye al Tribunal Constitucional el control del respeto (a la CE, dada la función de tal Tribunal) de "*las decisiones y actos sin valor de ley que emanen de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las CCAA o de cualquiera de sus órganos*" (vid. la *STC 242/2006, de 24 de julio de 2006* , sobre Acuerdos de la Mesa del Parlamento Vasco que inadmitieron a trámite una proposición de Ley sobre modificación de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma).

Es decir, si en el caso de las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las CCAA, el ámbito del orden contencioso se limita a asuntos de personal y gestión patrimonial, es para delimitar el ámbito del control judicial y el propio del ámbito constitucional; pero no porque haya ámbitos en que el ejercicio de los poderes públicos esté excluido "a priori" del control en cuanto a su ajuste al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la Sala de instancia admite tal exclusión. Dice que "*No es, pues, que las actuaciones de las Juntas Generales o de los otros órganos incluidos en el artículo 1º-3.a) de la LJCA que no se contraigan a las materias señaladas por ese precepto no estén sujetos al Derecho Público o Administrativo sino que en ese segundo caso no están sometidos al control de este orden jurisdiccional*". Entonces, como quiera que no están sujetas al control del Tribunal Constitucional, pues ni la CE ni la LOTC ni ninguna norma del bloque de constitucionalidad lo prevé, solo cabría un

control por esta jurisdicción.

Como consecuencia de lo anterior, y tal y como propone el Abogado del Estado, hay que hacer una interpretación integradora de la *disposición adicional primera de la LJCA*, en razón de su objeto y finalidad. Por supuesto, están sujetos al control del orden contencioso los actos de gestión patrimonial y personal de las Juntas Generales. Pero, en cuanto al resto de sus decisiones y actos sin valor normativo, lo lógico y razonable no es entender que tienen un margen de arbitrio mayor que el de las Cortes o las Asambleas de las CCAA (como hace la sentencia de instancia), sino entender que el ordenamiento jurídico (que excluye parcelas exentas de control alguno) atribuye al orden contencioso su control. Cabe añadir el criterio, tributario de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales dirigidas a someter al control de los tribunales - a que se refiere el *artículo 106.1 de la Constitución* - no todas pero si aquellas facetas de la actividad de los poderes públicos que están regulados mediante conceptos judicialmente asequibles (entre otras, *sentencias de 28 de junio de 1994 -recurso de casación núm. 7105/1992 - y 15 de junio de 2015 -recurso de casación núm. 2165/2014 -*).

Así lo razonó la *sentencia del Tribunal Supremo, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2004 (recurso de casación núm. 6745/1999)*, si bien es cierto que respecto de las normas forales tributarias, respecto de las cuales la posterior modificación de la LOTC por Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, ha atribuido su control a dicho Tribunal Constitucional (razonablemente, puesto que por razones históricas en tal materia las Juntas Generales ejercen la competencia que en otras CCAA tendría la propia Asamblea Legislativa; pero no en lo demás, respecto de lo que no cabe eludir su naturaleza reglamentaria). Pero el razonamiento sigue siendo válido respecto de las demás actuaciones de dichas Juntas Generales, cuyo conocimiento no está atribuido de modo expreso al Tribunal Constitucional. Dice:

<<Lo cierto es que en torno a las dudas suscitadas por la naturaleza jurídica de las NNFF giran una serie de intentos de singularización para sustraerlas de los controles jurídicos ordinarios que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La *Disposición Adicional primera de la LJCA* dispone que "la referencia del apartado 3, letra a) del artículo 1 incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos", con lo que pudiera entenderse que éstas son equiparadas a las cámaras legislativas.

Y la misma norma, ahora de manera expresa, excluye a las decisiones o resoluciones dictadas por la Comisión Arbitral del control contencioso-administrativo. Asimismo, la Ley 4/1999 introdujo una Disposición Adicional, la decimosexta, en la LRJ y PAC que excluye de la consideración de Administración Pública, a los efectos de esta Ley, a las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes, así como a las Juntas Generales de los TTHH, salvo cuando dicten actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público.

Pero estas disposiciones no han logrado excluir a las NN.FF del control contencioso. Pues para ello hubiera sido necesario reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para someterlas al control de constitucionalidad, y al no

haberse producido una reforma en tal sentido no es posible sustraerlas a la única revisión jurisdiccional posible y necesaria, desde los postulados constitucionales, que es la que ejerce el orden contencioso-administrativo, efectuando una interpretación "ex constitutione" de las referidas Disposiciones Adicionales que no imponen necesariamente una exclusión imposible desde las exigencias de la tutela judicial efectiva (*art. 24 CE*) y sumisión de los poderes públicos al Derecho, sólo realizable, si se reconoce un efectivo control jurisdiccional (judicial ordinario o constitucional).

Así ocurre que el intento de establecer el control del Tribunal Constitucional para las NN.FF no se plasmó en la reforma de su Ley Orgánica llevada a cabo por LO 9/1999. En efecto, no llegó a aprobarse la enmienda que pretendía que las NN.FF estuvieran únicamente sometidas al control de constitucionalidad y que el Tribunal Constitucional fuera el competente para resolverlos conflictos que se plantearan entre la Administración del Estado y cualquiera de los TTHH.

Sólo si esto ocurre podrá darse a la *Disposición Adicional primera de la LJCA* una interpretación diferente a la integradora que aquí se propugna, consistente en que la referencia que se hace al apartado 3, letra a) del artículo 1 en relación con los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derechos de las Juntas Generales de los TTHH no excluye el control ordinario de sus NN.FF que corresponde a los Tribunales del orden contencioso-administrativo>>.

Es esta interpretación integradora de los preceptos mencionados - *artículo 1.3 y disposición adicional primera de la LJCA* - la que conduce a la solución auspiciada por la Abogacía del Estado y la extensión del control por los órganos del orden contencioso- administrativos a aquellas zonas excluidas del ámbito sometido ex lege al Tribunal Constitucional.

Ello es acorde también con la asimilación que, a ciertos efectos -y ante la dificultad de encaje de estas Instituciones en el ordenamiento jurídico estatal, que no prevé su singularidad en todos los ámbitos-, se hace de estas Instituciones a los entes locales. No se trata de considerarlas, sin más, entes locales, pero sí de cubrir la laguna del ordenamiento jurídico aplicando, en lo que sea de aplicación, la doctrina vertida sobre el control jurisdiccional de las actuaciones de los órganos representativos de los entes locales. Antes hemos recogido la *sentencia de esta Sala, de 24 de noviembre de 2003 (recurso de casación núm. 7786/2000)*, en el caso de un recurso contra el acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento -versaba sobre la declaración de una empresa como "persona non grata"-, que analiza si se incardina en el ámbito del "acto político", es decir, "*si se dicta en el ejercicio de la función de dirección política o en el ámbito de las relaciones constitucionales*".

En consecuencia, al no efectuar una interpretación integradora de la *disposición adicional primera y artículo 1.3 de la LJCA* en relación con los *artículos 9.4 de la LOPJ y 9, 24 y 106 de la CE*, la Sala de instancia incurrió en defecto de jurisdicción, por lo que debemos casar aquella sentencia y entrar a analizar el acto recurrido, para dilucidar si tiene conceptos judicialmente asequibles y controlar en función de los mismos su ajuste al ordenamiento jurídico. Y a ello nos referiremos más adelante.

OCTAVO.- No podemos compartir, sin embargo, el voto particular emitido frente a la sentencia recurrida, al menos cuando razona que es posible entender que el acto recurrido está dentro de las funciones de gestión patrimonial de las Juntas Generales, cuyo control está expresamente atribuido al orden contencioso por la *disposición adicional primera de la LJCA*, puesto que se proyecta precisamente sobre

la simbología que ostentarán los inmuebles que gestionan las Instituciones forales. Consideramos que la resolución recurrida no es estrictamente incardinable en los denominados actos de gestión patrimonial - lo que hubiera hecho innecesarios los razonamientos anteriores-, pues como se desprende de lo que venimos diciendo es claro que excede de ese limitado ámbito.

NOVENO.- En el segundo motivo de casación, al amparo del *artículo 88.1 d) de la LJCA*, considera la Administración recurrente que al rechazar su competencia, la Sala de instancia no entra en la consideración de si el acto dictado estaba, por su naturaleza y por la existencia en el mismo de elementos susceptibles de ser judicialmente asequibles, sujeto a revisión jurisdiccional; inaplicando la doctrina que distingue entre los actos meramente productores de "efectos políticos", y aquellos productores de "efectos jurídicos concretos y reales" y, por tanto, con "naturaleza jurídica" y susceptibles de control jurisdiccional.

La Resolución recurrida tiene por finalidad *"impulsar la acción política y de gobierno"* y, por lo tanto, implicará la potencial realización de tales acuerdos con el empleo de las potestades administrativas. Máxime si como señala el *artículo 162.1 del Reglamento de las Juntas Generales*, la Administración foral deberá desplegar su actuación administrativa en orden a dar cumplimiento al contenido de dicha Resolución.

Y, en todo caso, aun en el caso de que se le dé una trascendencia cuasiparlamentaria a la Resolución que nos ocupa, no por ello debe resultar ajena al control jurisdiccional, al ir más allá de la expresión de una relación político-institucional y producir efectos jurídicos o, como dice el voto particular, *"no estamos ante una genuina actuación de poder político, expresión esta que se reduciría a las actuaciones materializadas en los procedimientos de elaboración normativa y a aquellas otras que le corresponden para intervenir en la vida pública como sujeto político, esto es, las derivadas de su condición de depositario de la voluntad popular, lógicamente, dentro de los cauces legales"* y añade que la Resolución *"(...) no es una mera declaración de voluntad sino que está dirigida a alterar materialmente una realidad y, de hecho, esta finalidad es natural a las Resoluciones, veamos. Lógicamente puede haber Resoluciones cuyo contenido sea meramente la exposición de un criterio y otras, como es el caso, cuyo contenido trascienda a la mera expresión y presente una voluntad para alcanzar determinados objetivos"*.

Es conveniente añadir que los artículos 5 y 8 de la Norma Foral 6/2005, de 12 de julio, sobre Organización Institucional, Gobierno, y Administración del Territorio Histórico de Guipúzcoa, establecen que las Juntas Generales controlan e impulsan la actuación de la Diputación Foral, por tanto puede perfectamente imponerle a ésta el cumplimiento de determinados objetivos.

Recogimos antes lo que dice la Resolución recurrida en la instancia (vid. fundamento de derecho primero).

El punto 3, colofón indisociable de los dos párrafos anteriores -de los que si cabría predicar, aisladamente considerados, que se trata de una mera expresión de un sentimiento o declaración de voluntad carente de efectos jurídicos- encierra indudablemente la expresión de una actuación con efectos jurídicos y sometido al control de los Tribunales, atendido ese papel relevante de las Juntas Generales de impulso y control de la actuación de la Diputación Foral.

En definitiva, y aquí si se comparte la posición del voto particular, la actuación de las Juntas Generales produce efectos jurídicos, no es un acto meramente político, y por ello se encuentra entre las actuaciones enjuiciables por la Jurisdicción. Una actuación deja de ser meramente política cuando siquiera indiciariamente es susceptible de causar efectos jurídicos; en este sentido la *sentencia núm. 42/2014, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional el 25 de marzo de 2014 en el recurso núm. 1389/2013*, sobre declaración de soberanía y derecho a decidir del Parlamento de Cataluña, aclara los confines del acto político ajeno al enjuiciamiento, a los controles jurisdiccional y constitucional. La actuación del Tribunal Constitucional y de los Juzgados y Tribunales es diferente, desde luego, pero hay un punto de coincidencia negativo cual es que, salvo excepciones atinentes a derechos fundamentales y libertades públicas que pueden verse afectados en el desarrollo de los actos propiamente políticos, estos son ajenos al control de unos y otros órganos y aquí es donde radica la importancia de la sentencia puesto que para encontrarnos ante un acto de esta naturaleza lo decisivo es que no cause efectos jurídicos. En este caso ya vemos que efectivamente si los origina y, por ende, no puede estimarse que se trate de un acto de tal naturaleza. Consecuentemente debe estar sometido al control jurisdiccional de legalidad.

Así, debe ser casada la sentencia recurrida y sustituida por la que dicte esta Sala, apreciando la sujeción de la Resolución al control judicial, y su necesaria anulación por contradecir los preceptos citados y que responden a lo que ha dicho ya esta Sala en las sentencias antes invocadas sobre la legislación de banderas y que es ocioso volver a reiterar (vid. la *sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2009* -y los que en ella se citan- recogida en el fundamento de derecho cuarto, apartado A) y también, respecto a la ejecución de la anterior, la de 17 de noviembre de 2011 -transcrita en el apartado B) del mismo fundamento-).

DÉCIMO.- Al no plantearse por las partes, ni tampoco en la sentencia recurrida, resulta innecesario examinar si la resolución de las Juntas Generales de Guipúzcoa impugnada pudo o debió analizarse por el cauce de ejecución de *sentencia -la de esta Sala de 17 de noviembre de 2011* - sobre lo que se pronuncia el voto particular de la sentencia hoy recurrida para rechazarlo por cuanto las Juntas Generales no habrían sido parte en aquél proceso (lo fue la Diputación Foral) y, aunque este obstáculo pudiese ser enervado, la realidad -dice el voto particular- es que no parece congruente negar a la resolución la aptitud de ser objeto de proceso y reconocérsela empero para integrar un incidente de ejecución de sentencia.

UNDÉCIMO.- No se hace expresa imposición de las costas, del recurso contencioso-administrativo ni del recurso de casación.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero .- Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** contra la *sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 14 de mayo de 2014, dictada en el recurso núm. 132/2012*, contra el acuerdo de 14 de diciembre de 2011 de las Juntas Generales de Guipúzcoa por el que se aprueba en sesión plenaria la resolución 42/2011 sobre imposición de la bandera española.

Segundo .- Casamos la sentencia impugnada, y examinado el fondo del recurso, apreciando la sujeción de la Resolución al control judicial, procede su necesaria anulación por contradecir los preceptos citados.

Tercero .- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso de casación ni del recurso contencioso- administrativo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Segundo Menéndez Pérez María del Pilar Teso Gamella

José Luis Requero Ibáñez Jesús Cudero Blas

Ángel Ramón Arozamena Laso Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.