



Roj: **STS 3548/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:3548**

Id Cendoj: **28079130062004100504**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/05/2004**

Nº de Recurso: **1441/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los señores al margen anotados, el presente recurso de casación que con el número 1441 de 2000, ante la misma pende de resolución. Interpuesto por la representación procesal del GOBIERNO DE CANARIAS contra la sentencia dictada por la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Tenerife, con fecha veintiocho de enero del dos mil, en su pleito núm. 2259/1997 . Sobre distribuciones de sedes. Siendo parte recurrida doña Julia , no personada en esta instancia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia recurrida es del tenor literal siguiente: <<Fallo. Estimar el recurso contencioso administrativo número 2259/1997, y declarar haber lugar a la demanda, declarando la nulidad del decreto 254/1997, de 16 de octubre, de adaptación de las sedes de las Consejerías, organismos autónomos y entes públicos a los principios y criterios de la Ley 4/1997, de 6 de junio . Sin imposición de costas>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal del Gobierno de Canarias presentó escrito ante el Tribunal Superior de Justicia en Canarias, (sala de lo contencioso- administrativo, con sede en Tenerife) preparando recurso de casación contra la misma. Por resolución de fecha nueve de febrero del año dos mil dicha Sala tuvo por preparado en tiempo y forma recurso de casación, admitiéndolo y emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala formulando escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en los que se ampara

CUARTO.- Nuestra Sala tuvo por interpuesto recurso de casación, y no habiéndose personado la parte recurrida quedaron concluidas las actuaciones. Se señaló para debate, votación y fallo el día DOCE DE MAYO DEL DOS MIL CUATRO, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-A. En este recurso de casación que la Sala de instancia tuvo por preparado mediante providencia de nueve de febrero de dos mil, y que se ha tramitado ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de España con el número 1441/2000, el Gobierno de Canarias, que actúa representado y defendido por la Directora General del Servicio Jurídico de ese Gobierno, impugna la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife), de veintiocho de enero del dos mil, dictada en el proceso número 2259/1997 .

B. En ese proceso contencioso administrativo doña Julia , funcionaria pública de carrera de la Administración pública de Canarias, junto a otros funcionarios de carrera y personal laboral al servicio de esa misma



Administración pública, impugnaban el decreto 254/1997, de 16 de octubre, de adaptación de las Sedes de las Consejerías, Organismos autónomos y Entes públicos dependientes o vinculados al Gobierno y Administración de Canarias, a los principios y criterios de la Ley 4/1997, de 6 de junio, decreto reglamentario que fue publicado en el Boletín Oficial de Canarias nº 147, de 14 de noviembre de 1997 .

La sentencia dictada en ese proceso contencioso-administrativo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que es impugnada en este recurso de casación, dice en su parte dispositiva lo siguiente: <<Fallo. Estimar el recurso contencioso administrativo número 2259/1997, y declarar haber lugar a la demanda, declarando la nulidad del decreto 254/1997, de 16 de octubre, de adaptación de las sedes de las Consejerías, organismos autónomos y entes públicos a los principios y criterios de la Ley 4/1997, de 6 de junio . Sin imposición de costas>>.

C. Ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de España únicamente ha comparecido el Gobierno de Canarias, en calidad de recurrente, invocando en su recurso de casación cinco motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1, letra d), y cuyo contenido expondremos y cuyo análisis haremos de inmediato.

Nadie ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis del recurso de casación planteado por el Gobierno de Canarias, debemos hacer dos tipos de consideraciones previas: relativa la una a la relevancia para el fallo de las normas estatales aplicadas por la sentencia impugnada, y referente la otra al fondo de la cuestión debatida en este pleito.

A. Por lo que hace al primer orden de consideraciones debemos decir que, como quiera que la providencia de esta Sala 3ª, sección 1ª, en que se tuvo por admitido el presente recurso de casación, no se explicitaba cuáles eran las normas, o en su caso principios, de derecho estatal relevantes para el fallo que se consideran infringidos o indebidamente aplicados por la sentencia de instancia, debemos decir que son los artículos 129 y siguientes del capítulo I, título VI, de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958 (motivo 1º); el principio de economía procesal, tal como ha sido acogido por la jurisprudencia (motivo 2º); artículo 43 de la Ley de Procedimiento administrativo (motivo 3º); artículo 149.1.18º de la Constitución , (motivo 4ª); artículos 9.3, 103 y 106 de la Constitución , artículo 83.3 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa , y artículo 63 de la Ley 30/1992 (motivo 5º) .

El problema de la relevancia de estos preceptos para el fallo de la sentencia impugnada fue abordado ya en la instancia, con absoluta claridad y concisión, por la representante y defensora de dicho Gobierno en el trámite de admisión del recurso (folios 121 a 124 de los autos), y lo desarrolla luego al motivar su recurso de casación, en el que explica cómo se dan en este caso los requisitos que, conforme al artículo 88.3 (disposición general anulada por sentencia de un Tribunal Superior de justicia) y el artículo 88.4 (fundarse el recurso en norma de derecho estatal que es relevante o determinante del fallo recurrido), son necesarios para poder impugnar la sentencia en vía casacional ante esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de España.

Asimismo conviene tener también muy presente que en el procedimiento de elaboración del decreto reglamentario anulado por la Sala de instancia intervino el Consejo Consultivo de Canarias, que es el órgano al que corresponde emitir el dictamen preceptivo en el procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones generales, de conformidad con el artículo 10.6 que regula dicho órgano autonómico y el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado , en sustitución de este otro supremo órgano consultivo estatal, según doctrina de este Tribunal Supremo [sentencia de 1 de junio de 1990, de la antigua Sala 4ª (Aranzadi 6307), en la que se perfila la distinción entre reglamento ejecutivo de una ley y reglamento regional complementario de una ley básica estatal] y del Tribunal constitucional [sentencia 204/1992, de 26 de septiembre, de Pleno , que reconoce competencia a las comunidades autónomas para crear órganos consultivos propios de idénticas características y funciones que el citado órgano consultivo del Gobierno de España, y para sustituir el informe preceptivo de este último, por el de un órgano superior consultivo autonómico de esa naturaleza].

Pues bien, en relación con este tema de la relevancia de la legislación estatal en el caso que nos ocupa, importa reproducir estas palabras que el Consejo consultivo de Canarias consigna en su dictamen: <<... el legislador autonómico opera en este caso en el marco de las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 22 del Estatuto de Autonomía , por lo que, en la reestructuración que pretende de la Administración Pública autonómica, ha de ajustarse a los principios constitucionales y normas básicas del Estado (y, asimismo, recordemos, a los de eficacia, economía, máxima proximidad al ciudadano y atención al hecho insular). En lo que ahora interesa, indiquemos que esos principios constitucionales son los contenidos en el artículo 103.1 , lo que significa que a los anteriores principios estatutarios se añaden los de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho>>.



Obvio resulta, por tanto, que esa misma sujeción vinculaba también al Gobierno y a la Administración de Canarias al reglamentar la ley de cuyo complemento se trata, y asimismo a la Sala de instancia que dictó la sentencia impugnada en este recurso de casación.

B. Por lo que respecta al segundo orden de consideraciones, o sea: al fondo de la cuestión debatida en este pleito importa reproducir estas otras afirmaciones del Consejo Consultivo de Canarias:

<<... Como se expresó, la Ley tiene como objeto "establecer los criterios para la determinación de los órganos de la Administración pública de la Comunidad autónoma". Con ello trata de acomodar dicha Administración al principio de capitalidad compartida establecido por el Estatuto de Autonomía (EAC) y no desarrollado hasta el presente. Las leyes 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración pública de la Comunidad autónoma de Canarias, y la de 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, no afrontan, en efecto, esta cuestión, aunque la última de ellas sí contenga la previsión según la cual "la sede de las Consejerías se determinará según el principio de capitalidad compartida reconocido en el artículo 3.1 del Estatuto de Autonomía" (art. 27.3), principio que, sin embargo, no desarrolla. En el examen del Proyecto reglamentario que se dictamina debemos comenzar por analizar los caracteres de la habilitación legal con la que cuenta a tal efecto el Gobierno. En este sentido, hay que reiterar que la ley 4/1997 mencionada le faculta para: a) adaptar la distribución de las sedes de las Consejerías, de los Organismos autónomos y de los Entes públicos integrantes de la Administración autonómica a los principios y criterios que la misma establece (disposición transitoria primera); para lo que dispone de un plazo de tres meses; y, asimismo, b) adoptar las medidas que hayan de tomarse en relación con los órganos directivos distintos de las Secretarías Generales Técnicas y los demás órganos de competencia horizontal pudiendo a tales efectos modificar las correspondientes relaciones de puesto de trabajo y, en su caso, acudiendo a la aprobación de los planes de empleo previstos en la legislación básica de la función pública, disponiendo a tales efectos de un plazo de un año (disposición transitoria segunda). En consecuencia, son dos materias bien diferenciadas, y con parámetros jurídicos también distintos, las que ha de acometer el Ejecutivo autonómico en desarrollo o aplicación de la Ley de referencia: por un lado, la autoorganizativa, que incluye tanto la determinación de las sedes de las Consejerías, Organismos autónomos y Entes públicos (disposición transitoria primera), como la de los centros directivos y unidades administrativas que presten servicios públicos (desarrollo este último no sometido al plazo previsto en la aludida disposición transitoria primera). La otra materia que la Ley defiere al ejecutivo es la relativa al personal al servicio de la Administración que se vea afectado por la distinta localización territorial de sus puestos de trabajo como consecuencia de la determinación de las sedes de las Consejerías; esto es, la Ley mandata para que ordene todo el proceso de reasignación de efectivos originado por el cambio de localización territorial de los puestos de trabajo del personal afectado, acudiendo si fuera preciso a planes de empleo, habilitación legal sujeta al plazo de un año (disposición transitoria segunda). [...] El legislador autonómico, pues, ejerce en este caso competencias autoorganizativas que, por recaer sobre la Administración pública de la Comunidad y no sobre el Gobierno de la misma, no se hallan sujetas a la reserva de Ley del artículo 3.1. Estatuto de autonomía de Canarias, sino a los principios indicados y, en todo caso, a la Ley y al Derecho.[...] En el presente caso, y como quedó dicho, el legislador autonómico ha actuado en el marco jurídico precedentemente indicado....>>

TERCERO.- Entramos ya en el análisis de los motivos que sustentan el recurso de casación del Gobierno de Canarias.

A. En el motivo primero el Gobierno de Canarias considera que la sentencia impugnada infringe el artículo 129 de la Ley de Procedimiento administrativo, que esa misma sentencia invoca expresamente, junto con los restantes que integraban el capítulo I del Título VI de la Ley [la regulación que contiene la Ley 1/1983, sobre Gobierno y Administración Pública de Canarias, del procedimiento administrativo de elaboración de proyectos de ley y reglamentos (artículos 43, 44 y 45) <<debe completarse -dice la sentencia- con los artículos 129 LPA y siguientes, que se encontraban en vigor en el momento de elaborarse la disposición impugnada>>].

Sin perjuicio de que esta aplicación de esos artículos de la Ley de 17 de julio de 1958 es más que discutible -en realidad, no procede- según diremos después al analizar el motivo cuarto, lo que se cuestiona en este motivo es la exacerbada aplicación que de ese artículo 129 se ha hecho por la sentencia impugnada.

Y ello por lo siguiente, porque toda la sentencia pivota, en suma sobre un solo y mismo argumento: que la distribución de sedes ha de tener una repercusión presupuestaria y que no se ha cumplido el trámite que la Sala de instancia considera preceptivo de la Oficina Presupuestaria de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia.

Como vamos a ver, el motivo debe ser estimado y precisamente por las razones que se esgrimen en el mismo.

Ocurre, en efecto, que el Decreto 153/1985, de 17 de mayo, por el que se crean las Oficinas Presupuestarias del Gobierno de Canarias (BOC nº 61) configura la Oficina Presupuestaria del Departamento como una



unidad administrativa adscrita a la Secretaría General Técnica, con funciones de análisis presupuestaria y apoyo a los centros gestores en todas aquellas materias relacionadas con la gestión de los recursos públicos (art. 1 y 2). En cuanto unidades integradas en las Secretarías Generales Técnicas, sus funciones se ejercen en el ámbito estrictamente interno del Departamento respectivo, de manera que su intervención en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales se concreta en una mera evaluación y análisis de los aspectos presupuestarios de la norma proyectada, evaluación cuya destinataria es la Secretaría General Técnica respectiva y que tiene un mero alcance interno e instrumental, a fin de poder fundamentar la decisión de este órgano departamental, pero sin mayor repercusión en la decisión final del órgano que ha de aprobar la norma (en este caso, el Gobierno) según ahora se dirá.

El art. 2.2.d) del citado Decreto 153/1985 dice que <<corresponde a las oficinas Presupuestarias evaluar [sic] a la Secretaría General Técnica los proyectos de disposiciones y resoluciones del Departamento, con repercusión sobre el gasto público que, deban ser preceptivamente informados por la Dirección General de Planificación Presupuesto y Gasto Público, y específicamente analizar la Memoria económica elaborada por el centro gestor en la que se detallan, debidamente evaluadas, sus repercusiones presupuestarias>>. Así pues, la evaluación de la Oficina Presupuestaria únicamente ha de solicitarse cuando concurren dos circunstancias: a) que el proyecto de disposición tenga repercusión sobre el gasto público, y b) que el proyecto deba ser preceptivamente informado por la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público en virtud de lo dispuesto en el art 21.5 f) del Decreto 338/1995, de 12 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda , que atribuye a dicho Centro Directivo la función de <<informe sobre toda disposición de carácter general que implique incremento del gasto público>>. Pues bien, como luego se verá, ninguno de estos dos presupuestos se daba en este caso, aunque lo que nos interesa destacar en este momento es que el órgano responsable del desarrollo de las tareas conducentes a la planificación de la actividad económica, elaboración y seguimiento de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias es la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público, y, en cuanto tal, es éste -y no la oficina Presupuestaria- el órgano al que incumbe ilustrar, mediante el aludido informe previsto en el art. 21.5 f) del Decreto 338/1995 , al órgano que ha de aprobar la norma (el Gobierno) sobre la incidencia que dicha norma pueda tener sobre el gasto público.

En relación con el concreto Reglamento que se ha anulado, hay que decir que ese informe de la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público fue evacuado con fecha 10 de septiembre de 1997, y de una lectura del mismo se desprende que la norma proyectada no implicaba incremento del gasto público.

Ocurre también que la evaluación económica a cargo de la Oficina no es preceptiva, por no concurrir ninguno de los requisitos del art. 2.2. d) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo , toda vez que la disposición proyectada no implicaba aumento del gasto público. Que esto es así se hace meridianamente claro cuando se lee el Pacto que para resolver los problemas de personal que plantea la distribución de sedes firmaron el Gobierno de Canarias y las Centrales Sindicales y del que hablaremos al contestar el motivo segundo. Pero es que, además, en el propio informe de 10-9- 97, de la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público se concluye que <<la ejecución de lo dispuesto en el Ley 4/1997, de 6 de junio , no tiene por que implicar un incremento del gasto, sea en el presente ejercicio o en posteriores, ni tampoco efectivos>>. A la luz de lo dispuesto en este informe, es claro que el proyecto no implicaba un aumento del gasto público inmediato a su entrada en vigor, por lo que la evaluación de la Oficina Presupuestaria deviene innecesaria e irrelevante, máxime cuando el Centro Directivo de la Administración Autónoma competente para valorar estos aspectos se ha pronunciado en tales términos.

En consecuencia, y dando por anticipado ya aquí lo que en el Pacto con las Centrales Sindicales se dice y que transcribiremos dentro de un momento, debemos concluir que la sentencia impugnada vulnera el art. 129.1 , y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Supremo, a cuyos efectos citamos aquí las sentencias de 27 de diciembre de 1990 (Ar. 1991/629) y de 14 de mayo de 1991 (Ar. 4386), que, desde una perspectiva general han ratificado la validez de la sustitución de un informe -en ese caso de la Secretaría General Técnica- cuando los datos que con el mismo pueden obtenerse o, en su caso, comprobarse por otros mecanismos informativos y de control. Es lo que sucede en este caso con la evaluación de la Oficina Presupuestaria, cuya función en el procedimiento resulta en este caso innecesaria y, además, se encuentra cubierta por el informe de la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público.

Por todo lo cual, este primer motivo debemos estimarlo y así lo declaramos.

B. En el motivo segundo la sentencia impugna la sentencia por infracción del principio de economía procesal que es un principio aplicable no sólo en el ámbito del proceso stricto sensu, sino en el del procedimiento administrativo (recogido en el artículo 29 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958).



Es quizá el menos llamativo de los cinco motivos invocados en el recuso de casación que estamos examinando. Y sin embargo, lo que en él se dice es cierto y su apoyo jurisprudencial es indiscutible.

Porque en definitiva lo que en este motivo se nos dice es que, si este trámite se hubiera cumplimentado, nada hubiera cambiado pues lo cierto es que la Oficina Presupuestaria tendría que llegar a la misma conclusión a la que ha llegado la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público: que a la vista de las circunstancias que concurren en este caso, no puede afirmarse que vaya a producirse un incremento del gasto.

Sin necesidad de reproducir aquí la jurisprudencia que se cita en esta parte del recurso, hay tres datos que no pueden ser pasados por alto:

a) Que el Consejo consultivo del Gobierno de Canarias, dice en su dictamen que se han cumplido todos los trámites exigibles por las disposiciones legales, enumerando los informes emitidos, entre los que no figura el de la citada Oficina Presupuestaria (folio 22 del expediente).

b) Que la Dirección General de Planificación, Presupuesto y Gasto Público textualmente dice: <<las modificaciones de las relaciones de Puestos de trabajo a que se refieren los artículos 6 y las disposiciones finales del presente decreto, en ningún caso implicarán incremento de los puestos existentes si de los créditos para Gastos de Personal>> (folio 66 del expediente).

c) Por último, y es quizá el dato más importante, en el Pacto entre el Gobierno de Canarias y las Centrales Sindicales se dice esto: <<Los planes de empleo negociado previamente con las Organizaciones Sindicales representativas en el sector de los empleados públicos de la Administración Pública de la Comunidad autónoma de Canarias que se ejecutan para el desarrollo de la Ley no contemplan traslados de empleados públicos que impliquen cambios de destinos entre islas, salvo los de carácter voluntario y los traslados entre diferentes órganos de la misma isla cuando fueren necesario. Garantizándose al personal afectado un puesto de trabajo de similares características, funciones y retribuciones en la misma localidad del puesto que venía desempeñando>> (folios 16-17 del expediente).

Por todo ello, este motivo segundo también debe ser estimado y así lo declaramos.

C. Y llegamos al motivo tercero de los formulados por el Gobierno de Canarias, y que, como ahora se verá, debe ser también estimado.

En sus fundamentos 4º y 5º, la sentencia impugnada sostiene que el decreto reglamentario del Gobierno de Canarias de distribución de las Consejerías tenía que haber motivado por qué son unas y no otras las Consejerías que se adscriben a cada sede. Y, a tal efecto, la Sala de instancia argumenta de este modo: <<La razón por la que el legislador no establece directamente qué Consejerías deben tener su sede en Las Palmas de Gran Canaria y cuáles en Santa Cruz de Tenerife debe encontrarse en que prefiere remitir esta decisión al criterio de la Administración, que deberá adoptar una solución u otra teniendo en cuenta el principio de equilibrio y el principio constitucional de eficacia; de otra parte, parece querer favorecer la posibilidad de que por vía reglamentaria se pueda modificar la distribución de las sedes si cambian las circunstancias>>.

Nada habría que objetar a lo que dice la sentencia en ese párrafo que se acaba de transcribir si no fuera porque a continuación añade esto otro: <<Esta última consideración no hace sino redundar aún más en la necesidad de motivación del criterio seguido por la Administración. De lo contrario, se admitiría la posibilidad de futuros cambios en la distribución de sedes que no sirvieran al interés público que debe presidir la actuación de la Administración, imposibilitando el control judicial de las decisiones discrecionales de aquélla>>.

Esta segunda parte del argumento de la Sala de instancia, más propia de un legislador que de una Sala de justicia, no puede ser compartida por este Tribunal Supremo, y frontalmente la rechazamos.

Para desestimar este motivo 3º bastaría con la razón jurídica que, con apoyo de la jurisprudencia de esta Sala 3ª, invoca el Gobierno canario: la mera redacción del artículo 43 de la vieja Ley de Procedimiento administrativo de 1958 (coincidente con el 54 de la siguiente), indebidamente aplicado por la sentencia para extender su ámbito de aplicación a los reglamentos, cuya motivación -al margen de lo que puede decir su exposición de motivos- el juez necesariamente tendrá que buscar en la ley a la que pretende complementar [Cfr. en este mismo sentido la STS de 27 de junio de 1989 (Ar. 4717) y la STS de 19 de abril de 1993 (Ar. 2845)].

Pero cabe invocar otras razones que determinan la desestimación de este motivo tercero. Por lo pronto, no es aceptable que un Tribunal de justicia deslice a modo de sospecha de que un posible futuro cambio de sede podría responder a motivaciones contrarias al interés público.

En segundo lugar, una cosa es controlar a la Administración y otra cosa es limitar sus potestades. Y no corresponde al juez sino al legislador limitar la libertad estimativa de la Administración. El control por parte



de los tribunales del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración no puede llegar, en modo alguno, al extremo de crear condicionamientos que no están establecidos en la ley.

En el caso que nos ocupa, mediante la extensión del control judicial al ejercicio de la potestad discrecional autoorganizativa de la Administración, que se ha hecho posible por vía de creación jurisprudencial, y que se añade a los indiscutidos e indiscutibles poderes de controlar los aspectos reglados, se ha dotado a los tribunales de una herramienta que permite medir en cada caso la mayor o menor amplitud de ese complemento indispensable que puede añadir el reglamento a la ley pero no más. El juez no puede añadir condicionamientos no previstos por el legislador o que no puedan inferirse de esas previsiones. No es sustituible, en consecuencia, la libertad de opción o de valoración que es propia de la Administración por la propia del órgano judicial. Esto es, en definitiva, lo que con otras palabras, y en otro contexto, resulta del artículo 71.2 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el que se prohíbe que los órganos judiciales <<determinen el contenido discrecional de los actos anulables>>.

Cosa distinta ocurriría -y no es aquí el caso- cuando sea posible determinar en el marco concreto en que se adoptó la decisión administrativa de cuyo control se trata, que no existían en realidad diversas opciones libremente utilizables por el órgano administrativo que decidió, sino que sólo exigía una opción única. Pero cuando tal suceda estaríamos ante lo que la doctrina alemana ha denominado reducción a cero de la discrecionalidad (Ermessens reduzierung auf Null), y de cuya posibilidad ese sector de la doctrina administrativa española que sabe estar en vanguardia de las ideas se ha hecho eco recientemente, estaríamos ante una mera apariencia de discrecionalidad, que la labor investigadora del buen juez podrá desvelar con más o menos dificultad.

Nada de esto ocurre en el caso que estamos resolviendo. El texto de la ley que ha sido complementada por el reglamento indebidamente anulado por la Sala de instancia no permite llegar a esa reducción a cero de la discrecionalidad. Antes al contrario, deja bien claro que, entre otras que podríamos traer a colación por las razones mismas que la Sala, el legislador dejó un razonable margen de discrecionalidad a la Administración para establecer la sede de las Consejerías en Las Palmas de Gran Canaria o en Santa Cruz de Tenerife, según lo considere conveniente o necesario para el mejor servicio de la política o la economía o los condicionamientos sociales del Archipiélago canario. Y desde luego no hay base alguna para sostener, como hace la Sala de instancia, que el Gobierno de Canarias tenga que explicar porqué ésta o aquella Consejería debe estar en Tenerife o en Las Palmas.

Por todo ello, lo cierto y verdad es que la sentencia impugnada también tiene que ser anulada por este motivo y así lo declaramos.

D. El motivo cuarto debe también ser estimado, según ahora se verá.

En dicho motivo el Gobierno de Canarias considera infringido el artículo 149.1.18º de la Constitución, en relación con los artículos 30, 30,1º y 43 del Estatuto de Autonomía de Canarias, y la interpretación que de los mismos ha llevado a cabo el Tribunal constitucional.

Hay, en verdad, infracción por cuanto la sentencia impugnada ha aplicado indebidamente el artículo 130 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, utilizándolo como parámetro para determinar si la disposición general impugnada se adecuaba o no al ordenamiento jurídico.

La Sala de instancia, en efecto, parece haber olvidado que la Comunidad autónoma canaria tiene sus propias normas específicas que regulan el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, cual es la Ley 1/1983, de 14 de abril, artículos 43 al 45.

Cierto es que en el momento de elaborarse el decreto canario de distribución de sedes de las Consejerías se hallaban todavía en vigor los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento administrativo pero esos preceptos contemplan únicamente -y no podía ser de otra forma dado que el llamado Estado de las autonomías emerge con la Constitución- la elaboración de proyectos de ley y de disposiciones generales emanadas del Estado. Y que esto es así se comprueba simplemente con traer a colación el artículo 1.4 de aquella Ley de 1958, conforme al cual dicha ley era supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones locales y de los Organos autónomos.

Por eso cuando en el fundamento 3º, la sentencia está diciendo que las normas de la citada Ley 1/1983 canaria se complementarán con la regulación establecida en los artículos 129 y siguientes de aquella Ley estatal está diciendo algo que es inexacto. Y al decir luego en el fundamento 5º que el informe de la Secretaría General Técnica de la Presidencia es improcedente y extraer de ello la consecuencia anulatoria a la que llega está aplicando indebidamente ese artículo 130 de la vieja Ley estatal de Procedimiento administrativo de 1958, sin parar, no sólo en lo que hemos dicho sobre el ámbito de aplicación de los artículos 129 a 132 de la misma, sino en que una identidad de denominación orgánica -Secretaría General Técnica- no implica que el órgano



de este nombre existente en los Departamentos ministeriales tenga las mismas competencias que el de ese mismo nombre existente en la Consejería de la Presidencia de la Comunidad autónoma canaria.

Y por todo ello, y dando por reproducido aquí, en lo que sea pertinente, lo que dijimos al contestar el motivo primero, debemos estimar también este motivo cuarto del recurso de casación que nos ocupa.

C. En el motivo quinto la representante y defensora del Gobierno canario considera que la sentencia impugnada infringe los artículos 9.3, 103 y 106 de la Constitución española, 83.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa y el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, que proscriben la arbitrariedad de los poderes públicos.

En esencia, lo que viene a decirnos la titular de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias en este motivo con el que cierra el recurso de casación es que <<a la hora de controlar la discrecionalidad de esta Administración en el ejercicio de su potestad administrativa la sentencia considera que la Administración no ha motivado suficientemente su decisión desde el punto de vista del gasto público, lo que lleva al Tribunal a considerar que no se ha tenido en cuenta el aspecto económico del principio constitucional de eficacia, con lo cual la Sala está haciendo implícitamente un reproche de arbitrariedad a la decisión de la Administración>>.

En realidad, este motivo es el mismo motivo primero visto desde otra perspectiva. Hay arbitrariedad -viene, en definitiva, a decir la representante y defensora del Gobierno de Canarias- porque la Sala de instancia entiende que era necesario que informara la Oficina Presupuestaria de la Secretaría General Técnica, siendo así que en Canarias ese órgano de la Presidencia sólo informa cuando hay incremento del gasto público y la Dirección General ha informado que no hay incremento del gasto; y como es por esta razón por lo que sostiene que el decreto conculca el principio de eficiencia (que esto y no otra cosa es lo que quiere decir la sentencia cuando habla de eficacia en su aspecto económico) está tachando de arbitrario, sin fundamento, el decreto de distribución de sedes de las Consejerías.

En más de una ocasión -por ejemplo, en la sentencia de 27 de junio del 2000 (recurso de casación 1427/1996)- esta Sala 3ª del Tribunal Supremo ha dicho que aunque los tribunales de justicia -sean unipersonales o colegiados tienen que tener una cierta libertad estimativa, ésta no es nunca ilimitada, lo que quiere decir que una cosa es que el juez disponga de un cierto margen de libertad para poder cumplir su función -el juez no es un megáfono por medio del cual habla la ley- y otra cosa es pretender que esa libertad estimativa del juez no está sujeta a límites. El principio o regla de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución) está expresando con referencia a todos ellos y, por tanto, también a los jueces, esto mismo que acabamos de decir: que hay límites en el ejercicio de esa libertad estimativa en que consiste el arbitrio judicial.

Pues bien, precisado lo que se está queriendo decir cuando se imputa a un poder público arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones, y siendo tan claro que las respectivas competencias de la Oficina presupuestaria y la de Planificación están perfectamente diferenciadas; y siendo evidente también que el Consejo consultivo en su preceptivo informe decía textualmente que <<en la tramitación del Proyecto se han cumplido los trámites previstos por el Ordenamiento autonómico; y que es, además, la Oficina de Planificación -en el ejercicio de una competencia que es exclusivamente suya- la que afirma que la distribución de sede no supone incremento del gasto; hay que dar la razón también en este último motivo al Gobierno de Canarias cuando en el mismo imputa a la Sala haber incurrido en arbitrariedad.

Porque no de otra forma puede calificarse el hecho de que la Sala de instancia -prescindiendo, del Pacto firmado entre el Gobierno de Canarias y las Centrales Sindicales- diga que <<el acuerdo con los sindicatos, por el que se garantiza la inamovilidad geográfica dentro de la isla, a buen seguro tendrá importantes consecuencias en el presupuesto>>, y que <<el traslado de medios materiales y de reubicación de los órganos en las nuevas sedes también tendrá su reflejo en el presupuesto>>. Por supuesto que lo tendrá. Pero eso es una cosa y otra que ello se traduzca necesariamente en un incremento en el gasto.

Todo ello, sin olvidar, que ello no sería obstáculo a la adecuación del reglamento a la ley a la que complementa, siempre que el principio de eficiencia (o como dice la sentencia: el principio de eficacia en su vertiente económica) se respete. Principio de eficiencia que está hoy positivizado en el artículo 3 de la Ley 30/1992, el cual no prohíbe que haya un incremento en el gasto sino que cuando para la realización de un determinado fin en idénticas condiciones pueda optarse entre dos soluciones económicas, una más cara y otra más barata, la opción debe hacerse en favor de ésta última: este es el significado técnico del significante eficiencia.

En consecuencia este motivo quinto debemos también estimarlo, y así lo declaramos.

CUARTO.- Estimado, en su totalidad, como aquí lo ha sido, el recurso de casación formalizado por el Gobierno de Canarias contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en esa Comunidad autónoma (sala de lo



contencioso-administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife) de veintiocho de enero de dos mil , y anulada dicha sentencia, debemos ahora dictar en el proceso contencioso administrativo número 2259/1997, en que fue dictada, sentencia sustitutoria de la misma, a cuyo efecto, y partiendo de la fundamentación establecida en esta sentencia nuestra, debemos analizar la viabilidad jurídica de la demanda formalizada contra la citada disposición general.

En el fundamento III de la demanda, dividido en cuatro apartados, y que es donde se inicia el análisis de la cuestión de fondo -después de llamar la atención de la Sala sobre la necesidad de tener en cuenta los artículos 82 y 83 , que contienen la regulación sobre el trámite de información, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común, plantea en el número 1 el problema -que hemos resuelto ya en lo que antecede- del carácter de informe preceptivo del informe de la Oficina presupuestaria, y de las consecuencias anulatorias que de ello derivan.

En ese mismo número plantea el problema -ya examinado también en lo que antecede- del Plan de empleo.

En el número 2 se pretende que el interés general se verá perjudicado y, discrepando de las alegaciones de la Administración en la pieza de suspensión, sostiene que <<si bien es cierta la existencia de tales registros (unificados, previstos en la Ley 30/1992 y desarrollados por un decreto territorial 164/1994), no es menos cierta la ineficacia de los mismos...>> Utilizar como argumento ante un Tribunal de Justicia, para pretender la anulación del decreto de distribución de Consejerías, la imputación de ineficacia en el funcionamiento de unos Registros administrativos produce no poca sorpresa, máxime cuando, además, ninguna prueba se aporta ni se pide sobre ello, ni se explica qué tiene que ver con el problema de fondo. Sorprendente es también el argumento de que los derechos del artículo 35 de la Ley 30/1992 no quedan garantizados de esa forma. Y no menos desconcertante es que una demanda se utilice para formular sugerencias al Gobierno, como cuando se dice que el decreto debió reproducir una solución análoga a la que se adoptó para la Administración de justicia; semejante argumento no puede pasar de ser eso: una sugerencia -que no empece para que el Gobierno de Canarias en uso de su potestad de autoorganización aplique otra solución, y lo que es indiscutible es que la solución adoptada por el Gobierno de Canarias en modo alguno ha ido más allá de lo que permite la facultad -ínsita en toda potestad reglamentaria- de aportar el complemento indispensable a lo establecido en la ley que se desarrolla.

En el siguiente apartado que figura también, por error, identificado con el numeral 2, los recurrentes continúan insistiendo en lo argumentado en el apartado precedente, y damos por reiterado aquí lo que hemos dicho al contestarla.

En el número 3 -que sería 4- se habla de los perjuicios que se causan a los funcionarios y demás personal afectado. Problema ya abordado al analizar la sentencia impugnada y sobre el que nada nuevo hemos de añadir.

En consecuencia, el recurso contencioso administrativo del que trae causa el presente de casación, debe ser desestimado, y así lo declaramos. Sin que, pese a todo, debemos imponer las costas a los recurrentes pues este Tribunal no aprecia que hayan actuado ni con mala fe ni con temeridad.

QUINTO.- Sólo nos resta pronunciarnos sobre las costas del presente recurso de casación, a cuyo efecto, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa , y habiendo comparecido únicamente la parte recurrente, cuyo recurso ha sido estimado en su totalidad, debemos declarar, y así lo hacemos, que no hay lugar a hacer especial pronunciamiento sobre aquéllas.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Primero.- Hay lugar al recurso de casación formalizado por el Gobierno de Canarias, que ha actuado representado y defendido por la Directora General de los Servicios Jurídicos de dicho Gobierno, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en Canarias (sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife) de veintiocho de enero de dos mil, dictada en el proceso número 2259/1997 ; sentencia que, en consecuencia, anulamos y dejamos sin valor ni efecto alguno.

Segundo.- En consecuencia, dictamos en el citado proceso contencioso-administrativo sentencia sustitutoria de la anulada en cuya parte dispositiva decimos esto: <<Fallamos.- Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo 2259/1997, interpuesto por doña Julia , funcionaria pública de carrera de la Administración pública de Canarias, junto a otros funcionarios de carrera y personal laboral al servicio de esa misma Administración pública, en el que impugnaban el decreto 254/1997, de 16 de octubre, de adaptación



de las Sedes de las Consejerías, Organismos autónomos y Entes públicos dependientes o vinculados a los principios y criterios de la Ley 4/1997, de 6 de junio, decreto reglamentario que fue publicado en el Boletín Oficial de Canarias nº 147, de 14 de noviembre de 1997 . Sin costas.>>

Tercero.- No hay lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. FRANCISCO GONZALEZ NAVARRO, en audiencia pública celebrada en el mismo día de su fecha. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ