II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO: A) Desviación de poder: 1. Doctrina general sobre la admisión de la desviación de poder. 2. Utilización de la potestad discrecional de provisión de destinos con fines sancionadores. B) Suspensión: 1. Análisis casuístico de las condiciones establecidas en el artículo 122 de la LJCA. 2. Denegación. Interés general en el control funcionarial. C) Notificación y publicación. Delimitación de ambos supuestos.—II. Contratos: Naturaleza. Es contrato de Derecho administrativo la enajenación de bienes de dominio público o comunales.—III. Ex-PROPIACIÓN FORZOSA: Declaración de utilidad pública. La anulación judicial de un plan parcial conlleva la falta sobrevenida de la «causa expropiandi».—IV. ADMINIS-TRACIÓN LOCAL: 1. Juramento o promesa de los concejales al tomar posesión del cargo. 2. Servicios públicos obligatorios.—V. Universidades: Se sigue negando a las Universidades legitimación para impugnar actos de la Administración del Estado.— VI. SERVICIO PÚBLICO: 1. Tarifas. No procede su elevación por el simple aumento de los gastos y costes. 2. Caducidad de la concesión. Naturaleza y efectos jurídicos de la misma.—VII. ENERGÍA ELÉCTRICA: Suministro a las Corporaciones Locales.— VIII. DOMINIO PUBLICO: Utilización. La Administración puede excluir a las personas jurídicas de los concursos para la adjudicación de quioscos en la vía pública.— IX. LIBERTADES PUBLICAS: A) Libertad de enseñanza: 1. Contenido del derecho a la creación de centros docentes. 2. Criterios para el otorgamiento de subvenciones. B) Asociación. El derecho reconocido en el artículo 22 de la Constitución no ampara a las asociaciones de carácter privado y con fin de lucro. C) Derecho al desempeno de funciones públicas: 1. Carácter excepcional de la suspensión preventiva de un funcionario en el ejercicio de sus funciones. 2. El derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución sólo alcanza a los cargos de representación política.— X. Sanciones: A) Principio de legalidad. B) Principio de proporcionalidad. C) Ejecutividad. El derecho a la tutela judicial efectiva comporta que la sanción administrativa no puede ejecutarse hasta que sea firme.—XI. URBANISMO: A) Planeamiento: 1. Relación entre el Plan General y el Plan Especial de Reforma Interior. 2. Suspensión de licencias. No debe afectar a las de demolición. B) Gestión. Sistema de compensación y gastos de ejecución y urbanización a cargo del Ayuntamiento. C) Edificaciones ruinosas: Subsiste la obligación del propietario de derribar un edificio de su propiedad aun en el caso de habérsele expropiado el solar. D) Licencias. Valor del visado colegial.—XII. RECURSO ADMINISTRATIVO: Revisión. Incompatibilidad entre el recurso de revisión y el recurso contencioso-administrativo.—XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) Carácter revisor. B) Legitimación. Se reconoce el interés legítimo de una asociación para impugnar una disposición general en defensa de los intereses particulares de sus miembros. C) Recurso de apelación. Interpretación restrictiva de su exclusión. D) Procedimiento especial de la Ley 62/1978: 1. El error en el planteamiento no debe dar lugar a la declaración de inadmisibilidad, sino a la remisión de oficio de las actuaciones al procedimiento correcto. 2. No procede promover en esta vía una cuestión de inconstitucionalidad.—XIV. Res-PONSABILIDAD: A) Daño indemnizable. Alteraciones psíquicas. B) Determinación del sujeto responsable. C) Relación de causalidad.

I. ACTO ADMINISTRATIVO

- A) Desviación de poder.
- 1. En esta sentencia se recoge y examina la doctrina jurisprudencial establecida sobre la desviación de poder.

«En vista de todo ello, ni es aplicable al caso de autos lo dispuesto en el apartado 4.º del artículo 62 de la Ley de Funcionarios, y menos el artículo 83.2 de la Ley de esta Jurisdicción, al disponer el indicado precepto que "la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder", y también hay que deducirlo de la Exposición de Motivos, que "tanto la incompetencia como el vicio de forma, la desviación de poder o violación de la Ley pueden servir de fundamento a las pretensiones de anulación y a las de plena jurisdicción", supone un ánimo predeterminado de utilizar la facultad de obrar con fuerza de obligar que los Organos de la Administración ostentan, orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos concretamente por la motivación legal, que inspira la norma que se aplica, aun cuando al hacerlo se observen las formalidades exigidas para su legitimación, se basa en la idea de que la Ley, de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin que cumplir, y que el acto que dicte sólo será válido si realiza ese fin, el cual es el elemento que determina la validez de la actuación del Organo Público, y si el acto en que ésta se concreta no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley, estando desvinculado de su espíritu faltándose al obligado ligamen entre la idea de poder y la idea de fin del servicio —sentencia de 24 de octubre de 1959—, puesto que por este medio se tiende a moralizar la acción administrativa vinculándose estrechamente con el bien común —sentencia de 9 de junio de 1959—, y por ello viene a descubrirse la antinomia que existe entre la legalidad y el Derecho, correspondiendo a un orden superior al de la simple legalidad, es decir, la esfera de la ética, por lo que la moral y el Derecho aparecen en íntima conexión —sentencias de 24 de octubre de 1959 y 28 de febrero de 1962—, la desviación existía cuando el acto se inspira en móviles personales o en cualquier otra causa de ilegalidad (sentencia de 14 de mayo de 1959), y que tal figura pertenece a la esfera de la ética, tendiendo a descubrir la antinomía entre legalidad y Derecho; pero que no es necesario conste en el expediente que hayan prevalecido fines distintos a la buena administración y que es posible tenga su origen en error (sentencia de 24 de octubre de 1959, considerandos 12, 13, 14 y 22); también la sentencia de 1 de diciembre de 1959 admite tenga en error, y la sentencia de 26 de diciembre de 1960 admite que la Administración se haya apartado del fin jurídico, ético o moral; es decir, no sólo del moral ético, sino también del jurídico; la de 14 de mayo de 1959 declara que se da cuando la Administración persigue en su actuación "objetivos no previstos concretamente por la motivación legal que inspira la norma"; la de 9 de junio de 1959, que el acto no debe "contravenir el sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de reputarse orientada siempre a la promoción del interés público y sometida a un sistema de normas legales"; pero del mismo modo que los actos de los particulares se presumen de buena fe, los de la Administración se presumen legítimos cuando trata de atacarse uno de esos actos, sea necesario probarlo, y la sentencia de 14 de mayo de 1959 rechaza el recurso porque "no constan en las actuaciones elementos de convicción demostrativos del aserto en que se basa la demanda", y la de 26 de diciembre de 1960 insiste en la necesidad de la prueba, siendo necesario, dice, "acreditar, con seguridad, que la Administración se apartó del cauce jurídico, ético o moral", y la de 7 de octubre de 1963, que la desviación de poder no ha de fundarse en meras presunciones ni en suspicaces y espaciosas interpretaciones

del acto de autoridad, sino en hechos concretos, y la de 3 de julio de 1963, que "en todo caso, para poder apreciarla, es menester una demostración clara y palmaria de que el ejercicio de las potestades administrativas se verificó torcidamente, sin consideración al motivo o finalidad preestablecidos para el bien o el interés público"; en igual sentido, las sentencias de 17 de enero y 24 de febrero de 1975 y la de 14 de diciembre de 1977, supuestos que no se dan en el caso de autos; por todo ello procede desestimar el recurso interpuesto.» (Sentencia de 8 de mayo de 1985, Sala 5.º, Ar. 2288.)

2. Se aprecia desviación de poder cuando el mando militar usa su potestad discrecional de provisión de destinos con fines sancionadores, y no con una finalidad de mejorar el servicio, que es lo que justifica aquella potestad.

«La presente apelación, deducida por el defensor de la Administración contra sentencia que anula el acto recurrido por estimar la desviación de poder al dictarse el mismo, se funda en que al haberse aplicado un precepto que otorga una discrecionalidad al Mando Militar para acordar el cese en el servicio y traslado, por razones de las necesidades del servicio, no se ha apreciado debidamente por la sentencia apelada, pues ésta solo contempla como fundamentación del acuerdo el que por el Capitán demandante se hayan interpuesto 22 recursos y la conveniencia, expresada en la propuesta del Capitán General de la Tercera Región, de que pase a otra Región donde no cuente con los asesoramientos jurídicos ajenos a la profesión, que, según parece, son los que le han llevado a adoptar la actual postura; cuando usar de los recursos establecidos en las leyes y buscarse asesoramiento para defender los derechos e intereses de las personas es una actitud protegida por el ordenamiento jurídico; pero no contempla la verdadera causa del acuerdo, que es la que malogra el servicio del recurrente y justifica la necesidad de su cese en el mismo y el pase a la situación de disponibilidad forzosa, y que es la conducta indisciplinada del referido Capitán puesta de manifiesto en muchas ocasiones y que está creando en el servicio un ambiente desfavorable; por lo que ha de examinarse y decidirse si por esa alegación y lo que consta en el expediente se puede llegar a la conclusión de que el acuerdo se ha tomado en cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico intenta conseguir con la concesión de esa discrecionalidad en el Mando en provisión de destino, por necesidades del servicio, necesidad que es lo único que haría conforme a Derecho el acuerdo, como reiteradamente manifestó el asesor jurídico de la Región.

Al no contener fundamentación los acuerdos impugnados, ha de entenderse que acepta los de la propuesta, que son en esencia los que aprecia la sentencia apelada, contrarios a la finalidad del precepto que se aplica; pero si se aceptase la alegación del abogado del Estado, tanto en una como en otra instancia, de que lo expuesto por el Capitán General de la Tercera Región no es más que una opinión personal, y que sólo deben tenerse en cuenta los hechos realizados por el recurrente, que ponen de manifiesto una conducta in-disciplinada, lo que crea un ambiente desfavorable en el servicio, y así justifica la actuación administrativa, si tales hechos y actitud indisciplinada fueran la causa justificante de los acuerdos, también se da la desviación de poder, pues lo que pretende el precepto aplicado es mejorar el servicio con el nuevo destino o cese del militar trasladado o cesado, no cambiar de lugar al que así se porta, y toda conducta o hechos que atenten contra la disciplina se sancionarán o corregirán de acuerdo con la regulación penal o disciplinaria, teniendo los mandos los suficientes y adecuados medios para conservar o restablecer la disciplina cuando sea preciso; por lo tanto, esta apelación ha de ser desestimada, pues la sentencia recurrida aplicó certeramente la doctrina sobre desviación de poder a los acuerdos impugnados, según los hechos

que constan en el expediente.» (Sentencia de 24 de mayo de 1985, Sala 5.º, Ar. 2600.)

B) Suspensión.

1. Las condiciones establecidas en el artículo 122 de la LJCA deben relativizarse, permitiendo una valoración casuística del acuerdo a suspender.

«En la interpretación de las condiciones establecidas en el número 2 del artículo 122 de nuestra Ley Jurisdiccional, para que los Tribunales puedan y deban acordar la suspensión de la ejecución del acto residenciado en un proceso contencioso-administrativo no se debe partir de un criterio único y absoluto, sino prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido, lo que implica un relativismo, reñido con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos y uniformes.

Lo dicho sirve para poder interpretar adecuadamente, en el supuesto que nos ocupa, la exigencia mantenida en el precepto legal mencionado, para acordar una suspensión de este tipo (que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil), y que consiste en el hecho de la presumible modestia del colectivo que ejerce esa pequeña actividad comercial en el referido "Mercadillo"; pequeñez que es la que provoca que los perjuicios que ha de ocasionar el traslado de sus puestos, y la prohibición de vender artículos alimenticios autorizados en el interior del nuevo mercado de "Torreforta", para ellos no lo sea, en cuanto constituye su modus vivendi y, por lo tanto, una necesidad vital.» (Auto de 20 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 1183.)

2. Se deniega la suspensión al existir un interés general consistente en reconocer a la Administración el poder ejercer el control funcionarial.

«Ciñéndose a la suspensión, no ofrece duda que los actores no han justificado la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general para que la Sala acuerde la suspensión de la ejecución del acto impugnado, por ser manifiesto que las alegaciones formuladas por los actores de venir ocupando cargos de gran responsabilidad en el Sindicato Profesional de la Policía, cuales son los de Secretarios Nacionales del mismo, pues, sopesando los posibles perjuicios que de la incoación de un expediente disciplinario, con suspensión de empleo y sueldo, puedan derivarse para los interesados y para los fines públicos del Sindicato al que están afiliados, la entidad de los perjuicios que de tal medida provisional puedan seguirse es muy inferior al que se produciría al interés general si se acordase suspender la ejecución de lo ordenado por la Administración, y porque afectaría al más relevante interés público y general del Estado, sobre el control funcionarial, en evitación de situaciones irreparables y contrarias a la justicia y los principios sobre los que descansan las relaciones del Derecho funcionarial, pues, a los efectos y fines de la presente resolución, lo único a valorar es resolver el conflicto de intereses, la procedencia o no de tal medida cautelar de garantía, y es claro que la Administración no carece de solvencia de recaer sobre ella en el proceso principal la obligación de reparar o indemnizar a los recurrentes, e incluso al Sindicato, económicamente, los daños que se acrediten haber sufrido por la no suspensión; en cambio, en el supuesto contrario, la reparación, in natura, sería imposible, por ir contra los principios legales que presiden la actuación administrativa en la materia de la instrucción de expedientes disciplinarios a instruir por faltas administrativas cometidas por sus funcionarios en el ejercicio de sus puestos, más necesaria todavía cuando se trata de quienes, como los recurrentes, pertenecen a un Cuerpo prestigioso al que le

alcanza la misión de velar por el orden y los dictados de la conciencia social y lealtad en el ejercicio de sus funciones, que conlleva el obrar obediente a las normas legales y órdenes de sus superiores.» (Auto de 17 de enero de 1985, Sala 3.º, Ar. 219.)

C) Notificación y publicación. Delimitación de los supuestos en los que la notificación puede ser sustituida por la publicación.

«La comunicación del expediente administrativo, por medio de notificación personal, a todos aquellos que sin haber iniciado el procedimiento administrativo puedan resultar directamente afectados por su resolución final constituye, sin duda alguna, trámite esencial que garantiza el fundamental derecho de contradicción, siendo obligación de los Tribunales exigir su cumplimiento, siempre que su infracción pueda originar consecuencias de indefensión; pero ello debe centrarse en sus justos límites, en cuanto que no autoriza a llegar a extremos tan excesivos que conduzcan a declarar la nulidad de actuaciones administrativas, muchas veces muy complejas, en todos aquellos casos en que se denuncie el quebrantamiento de dicho trámite, pues esta materia presenta matices que a veces se olvidan con tal radical criterio, puesto que es presupuesto esencial de la obligatoriedad de la comunicación personal del expediente la condición de interesado en el sentido que le atribuyen los articulos 23 y 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo a tal efecto considerarse que, aparte de aquellos que inician el procedimiento o se personan en él, solamente participan de tal condición los titulares de derechos o intereses legítimos que, pudiendo ser afectados por el acto decisorio del procedimiento administrativo, resultan directamente identificados e individualizados por los datos que obran en el mismo o son de fácil averiguación por la Administración, ya que cuando se trata de procedimiento que afecta a una generalidad de personas indeterminadas la llamada de éstos al procedimiento se realiza por la publicación de anuncios, ante la dificultad que entraña identificar a cada una de ellas a través de una difícil actividad material de investigación, que no sólo causaría grave obstáculo a la eficacia administrativa, sino que en la mayoría de los casos no obtendría un resultado totalmente satisfactorio, y ello equivaldría a la paralización del procedimiento o a la inseguridad jurídica que supone continuarlo y finalizarlo bajo el riesgo de incidir en nulidad ante la intervención de cualquiera de esas personas que no se ha conseguido identificar, como, por ejemplo, sucedería en el supuesto de que en el procedimiento de aprobación de planes de urbanismo o de concentración parcelaria se impusiera a la Administración la obligación de notificaciones personales a todos los propietarios afectados por la planificación o por la concentración, y es que en tal clase de procedimientos, en la que obviamente es incluible el establecido en la Ley citada de 18 de octubre de 1941, esa generalidad de personas indeterminadas no adquieren la cualidad de interesados más que cuando se personan en el procedimiento, siendo mientras tanto simples afectados a los cuales no hay obligación de llamar personal e individualizadamente, según claramente se infiere del citado artículo 26, cuyo texto llega incluso más allá al condicionar la comunicación personal al incumplimiento de las formalidades de publicidad legalmente previstas.

El procedimiento de la Ley de 18 de octubre de 1941, que afecta a la generalidad de los propietarios colindantes con la ribera del río, establece un sistema de publicidad que garantiza suficientemente el conocimiento de la iniciación del procedimiento por parte de dichos propietarios, así como el lugar y fecha en que se van a practicar las operaciones materiales de estimación y amojonamiento de las riberas, las cuales, además, conllevan en sí mismas una publicidad que difícilmente escapa al conocimiento de los propietarios de las fincas en cuya colindancia se realizan, situadas por regla general en zonas rurales, donde actuaciones oficiales de esta clase constituyen noticia de rápida expansión entre los vecinos, y así en dicho procedimiento se desig-

na una Comisión del Ayuntamiento y se anuncia el comienzo de los trabajos con treinta días de antelación en el "Boletín Oficial de la Provincia" y en el tablón del Ayuntamiento, pudiendo intervenir en ellos los propietarios que lo deseen; se realiza el amojonamiento de la "estimada ribera probable" tiéndose las protestas y reclamaciones que se formulen, y se anuncia de igual forma la terminación de los trabajos, detallando localización, límites, superficie y término municipal, y concediéndose el amplio plazo de un año para presentación de reclamaciones, y todas estas formalidades han sido escrupulosamente cumplidas por la Administración, sin que los propietarios recurrentes formalizaran reclamación en el indicado plazo, ni dentro de él se personaran en el expediente, y ello comporta, según lo anteriormente razonado, la improcedencia de exigir notificación personal para comunicar el expediente a dichos propietarios y, con ello, la desestimación del motivo de nulidad formal alegado por los mismos, sin que de contrario sea admisible la alegación de que el procedimiento de autos no se incluye en la declaración de vigencias contenida en el Decreto de 10 de octubre de 1958, pues dicho procedimiento debe considerarse comprendido dentro de los que el Preámbulo de esta disposición califica de complementarios de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto establece trámites que resultan adecuados, e incluso imprescindibles, a la específica finalidad que justifica dicho procedimiento, en el cual no se observa contradicción alguna con los principios y normas esencia-les establecidas en la citada Ley de Procedimiento Administrativo.» (Sentencia de 28 de enero de 1985, Sala 4.4, Ar. 883.)

II. CONTRATOS

Naturaleza. La enajenación de bienes de dominio público o comunales constituye un contrato de régimen administrativo, puesto que se revisten caracteres intrínsecos que hacen precisa una especial tutela de los intereses públicos en juego.

«Alega, en primer término, el recurrente, en apoyo de su pretensión anulatoria, que el acuerdo del Concejo de Aldaba de 17 de mayo de 1980, que, en definitiva, suponía una declaración unilateral de resolución de la compraventa, debió ser declarado ilegal porque determinaba una extralimitación del Concejo en sus competencias administrativas, pues, en opinión del actor, era a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria a quien únicamente podía incumbir la declaración de resolución contractual. Pero no se considera estimable tal alegación, que lleva implícita una afirmación del carácter civil de la venta, pues los contratos que, como el de autos, son celebrados entre una Corporación Local y un particular y que tienen por objeto la enajenación de bienes comunales, al ser dichos bienes equiparables a los de dominio público en lo que afecta a su régimen jurídico -art. 189 de la Ley de Régimen Local—, merecen la calificación de administrativos, en los términos del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado - aplicable a Navarra-, conforme el artículo 209 de la Ley de Régimen Local y Disposición Adicional 3.º del Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales, al no contradecir su peculiar normativa, puesto que revisten "...caracteres intrinsecos que hacen precisa una especial tutela de los intereses públicos en juego"; dado que mediante su realización aparece la Corporación actuando en el ámbito propio de su competencia, al ser claro que la gestión y disposición de bienes comunales son potestades legales que pertenecen a la Corporación Local en cuyo territorio aquéllos se hallan ubicados. Y porque, como es sabido, como un aspecto particular de las potestades de autotutela declarativa que en nuestro sistema, que es de Régimen Administrativo, se atribuyen a las Corporaciones Locales, se encuentran las de interpretación y declaración previa y unilateral -arts. 99 y 100 del Reglamento Contratación Corporaciones Locales- respec-

to de los contratos administrativos en que intervienen.» (Sentencia de 9 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 1007.)

III. Expropiación forzosa

Declaración de utilidad pública. La anulación judicial de un Plan parcial conlleva la falta sobrevenida de la «causa expropiandi» de las expropiaciones originadas por aquél y que ya estaban en fase de justiprecio.

«Si bien es cierto que la aprobación de planes de ordenación urbana y de polígonos de expropiación implican la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes a los fines de expropiación, como así lo declara el artículo 64.1 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, precepto que no viene sino a aplicar el principio general establecido el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que establecido de inmuebles en todos se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipios", y que tuvo su expresión en los artículos 143 y 289 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, cuyos citados preceptos nos conllevan a que la causa legitimadora de la expropiación, cuando afecta a bienes particulares, radica en dichos Planes, que implícitamente lleva consigo, sin más, la utilidad pública o interés social que justificaría la expropiación como acto de extinción dominical -cuando menos temporalmente, en casos de reversión-; por ello, si el acto causal, por inexistencia sobrevenida mediante una causa de extinción, como se mantiene por la doctrina administrativa más reciente, bien sea por una declaración legislativa, judicial o propiamente administrativa, puede dejar sin eficacia desencadenante alguna, por desaparecer el propio acto que dio vida a la consecución de sus fines o parte de ellos; es decir, que ciñéndose al supuesto concreto del presente recurso, si la expropiación cuestionada se lleva a efecto en ejecución del Plan Parcial 13 del Ayuntamiento de Valencia, el cual, a tenor del artículo 64 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, es la causa legitimadora de aquélla, como así se deduce incuestiona-blemente del acuerdo de 13 de febrero de 1981 del Ayuntamiento en Pleno, que encabeza el expediente expropiatorio, apareciendo probado debidamente que por sentencia de la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de octubre de 1978, se pronunció el siguiente fallo: "Que estimando este recurso debemos anular y anulamos la resolución del Ministerio de Vivienda de 15 de septiembre de 1975, la desestimación presunta primero y expresa después en 23 de diciembre de 1976 del recurso de reposición presentado frente a la primera, resoluciones que no son conformes al Ordenamiento Jurídico y que aprobaron definitivamente el Plan Parcial número 13 de Valencia, aprobación que dejamos sin efecto", el que contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación número 46, 487, ante el Tribunal Supremo, correspondiente a su Sala Cuarta, lo que en 27 de enero de 1982 pronunció sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el abogado del Estado contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 1978 por Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sobre aprobación de Plan Parcial número 13, legitimador eventualmente de la expropiación cuestionada en este recurso, ya no existe, y por ello faltando ese vital fundamento causa de la utilidad pública, como elemento esencial para la expropiación, ésta no tiene, en cuanto a la situación jurídica individualizada de la actora en el presente recurso, justificación ni eficacia alguna, en cuantas actuaciones y acuerdos se llevaran a efecto en el expediente adminis-

trativo referidas a la recurrente, por lo que han de quedar anulados al respecto, y en tanto en cuanto afecten a la actora".» (Sentencia de 9 de mayo de 1985, Sala 5.º, Ar. 2291.)

IV. Administración Local

1. Concejales. No se puede exigir a los concejales juramento o promesa para darles posesión de su cargo si tal requisito no viene impuesto por una norma con rango de ley. En todo caso, las obligaciones y lealtades derivadas del cargo nacen de su aceptación, con independencia de la forma en que ésta se realice.

«En sesión extraordinaria del Ayuntamiento en Pleno, se interrogó al concejal electo en representación del Bloque Nacionalista Gallego, al objeto de darle posesión del cargo, preguntándole si juraba o prometía cumplir fielmente las obligaciones del cargo con lealtad al Rey y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado; a lo que contestó el interrogado que aceptaba el cargo de concejal que al Bloque Nacionalista Gallego le corresponde en la Corporación, pero sin pronunciarse expresamente a los demás efectos, no obstante reiterarle la pregunta una segunda y tercera vez; en consecuencia de tales antecedentes, y en consideración a lo dispuesto por el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, el acto administrativo recurrido declaró que el referido concejal electo, por no haber prestado juramento ni promesa para el acto de toma de posesión, no adquirió la condición de concejal miembro de la Corporación, aunque conserve su condición de concejal electo, por cuyas razones en lo sucesivo no será convocado a las sesiones del Pleno de la Corporación, a la que no pertenece, en tanto no haya prestado el juramento o promesa reglamentarios; lo que la sentencia apelada declara nulo, por estimar que vulnera el artículo 23 de la Constitución; y alegan los apelantes que la sentencia apelada se ha dictado con infracción del referido Real Decreto, por cuanto el acatamiento a los principios constitucionales de los funcionarios públicos no sólo debe presumirse, sino que ha de ser exteriorizado de forma expresa y positiva; y a la cuestión planteada resulta aplicable la doctrina sentada por sentencia del Tribunal Constitucional 8/1985, de 25 de enero, conforme a la que la constitución de las Corporaciones Locales se encuentra regulada por el artículo 28 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, disposición que nada establece sobre el juramento o promesa de los concejales electos, y la exigencia tiene su único posible fundamento normativo en una disposición de carácter reglamentario, como es el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, que no se adapta a lo establecido por el artículo 23-2) de la Constitución, en cuanto éste establece el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, y no pueden estimarse establecidas por leyes las formalidades reguladas mediante otros preceptos de inferior jerarquía normativa; lo que determina la improcedencia de las alegaciones y pretensiones en contrario de los apelantes; debiendo estimarse, por otra parte, que las obligaciones y lealtades derivadas del cargo público nacen de la aceptación de éste en cualquier forma que se haya realizado, y son exigibles independientemente de ésta; sin que varie la responsabilidad por su incumplimiento en razón a la forma en que se haya manifestado la aceptación.» (Sentencia de 29 de mayo de 1985, Sala 3.", Ar. 2623.)

2. Servicios públicos obligatorios. Los servicios públicos obligatorios establecidos en la LRL se refieren a «su propio municipio», no a las urbanizaciones privadas con planes de urbanización independientes de la Corporación.

«Con arreglo a la Ley de Régimen Local, en sus artículos 101-2-c) y 103-a) se obliga a los Ayuntamientos de más de 5.000 habitantes al abastecimiento domiciliario de agua potable, pero esta obligación se refiere a su propio municipio, no a las urbanizaciones privadas que tienen planes de urbanización independientes de los propios de la Corporación; y en los artículos 164 y 166 de la Ley de Régimen Local y 104 y 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se prevé la posibilidad de que los Ayuntamientos municipalicen, constituyan una empresa mixta u otorguen una concesión administrativa para el abastecimiento a que están obligados, pero en el presente caso se trata, primero, de servicios que sean de su competencia (art. 114.1 del Reglamento de Servicios): "Los servicios de competencia de las Entidades Locales...", cuando ya queda expuesto que el servicio de abastecimiento de agua de La Manga es competencia de P., S. A., no del Ayuntamiento de San Javier; y, segundo, en todo el articulado del Reglamento de Servicios se dice "podrán", lo cual equivale a una facultad administrativa de los Ayuntamientos que ejercitarán o no voluntariamente, pero de ningún modo se puede entender que este facultativo "podrán" se transforme en una obligación municipal, como se inferiría de la utilización gramatical del morfema "deberán" o "estarán obligados", de tal modo que el abastecimiento domiciliario de la localidad de San Javier corresponde al municipio de su nombre, pero no afecta al abastecimiento de aquellas urbanizaciones, cuyo servicio corresponde, porque así lo establecen los planes aprobados por el Ministerio de Turismo, a la recurrente P., S. A., que, según dice, tiene el agua suficiente, y cuya deficiencia no puede ser impuesta obligatoriamente a la Corporación demandada.» (Sentencia de 18 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 1178.)

V. Universidades

El Tribunal Supremo sigue negando a las Universidades la legitimación para impugnar actos de la Administración del Estado, por considerarlas órganos de ésta.

«Formulado recurso contencioso-administrativo por el procurador don Juan C, y L. V., en nombre y representación de la Universidad Autónoma de Barcelona, contra la Orden del Ministerio de Universidades e Investigación de 1 de diciembre de 1979, por la que se publica la relación de plazas vacantes a solicitar por los profesores adjuntos de Universidad que han obtenido plaza en los correspondientes concurso-oposición, se excepciona por el abogado del Estado las causas de inadmisibilidad del recurso previstas en el artículo 82.b) en relación con el 28.1.a) y el 28.4 de la Ley Rituaria, al dar por reproducidos los considerandos que se citan de la Orden de 4 de junio de 1980, obrante en el expediente administrativo y en esta apelación; la también causa de inadmisibilidad 82.b) y f) en relación con el artículo 57.2.d), por no haberse acompañado el documento que acredite el cumplimiento que para entablar demandas se exige a la Universidad, y en este orden de prioridades en el tiempo y en la correcta actuación procesal cumple prestar atención a la primera de las causas mencionadas, como ya lo fuera en el recurso que por el mismo motivo sobre publicación de plazas vacantes a solicitar por profesores adjuntos dio lugar a la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1984, en la que fue objeto de cuidadoso examen la supuesta causa de inadmisibilidad, que ciertamente habría de conducir a "dilucidar si la Universidad demandante es un órgano de la Administración del Estado a los que se re-

fiere el artículo 38.4.a) citado o, de contrario, como afirma la parte actora, su autonomía y personalidad jurídica reconocida le confieren una independencia y desvinculación de aquélla que le ponen a cubierto de la limitación proclamada por el precepto indicado, que por consiguiente no le afecta", y esta cuestión, que ya fue tratada también por esta Sala en las sentencias de 20 de abril de 1982 y 6 de octubre de 1983, y tenido proyección ulterior en resolución como la de 11 de junio de 1984, conduce previo un detallado comentario de "los preceptos reveladores de la naturaleza jurídico-administrativa" de las Universidades a través de los pertinentes preceptos de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, los pertinentes Estatutos de la Universidad de Barcelona y la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, llegan a la conclusión, como se afirma en la sentencia citada, que "dado el régimen jurídico, organizativo y financiero de la entidad demandante que fue resultado de todo lo expuesto, se le ha de calificar a los efectos de que se trata de Organo de la Administración del Estado, y para lo que no es óbice el hecho de la reconocida personalidad jurídica de que disfruta, ya que, de una parte, esa condición juega con plenitud de efectos sólo en sus relaciones externas o con terceros y limitadamente, en cambio, frente a la Administración estatal, a la que está adscrito a través del mecanismo jurídico de la tutela, que si bien por esencia se da entre entes jurídicos distintos, las funciones tutelares del organismo rector hace que para determinados fines y cometidos se configure la dualidad de sujetos intervinientes en uno", y esta doctrina, de rigurosa aplicación a todos los supuestos en que la Administración figura en el proceso, habrá de ser compartida y aplicada al que ahora se contempla, por cuanto que habrá de insistirse en que la Administración es única en su total configuración y es en ella en la que culminan todas las actuaciones en las que, como en el caso de las Universidades, se le viene reconociendo personalidad jurídica y autónoma que se invoca, pero que no puede llegar a superponerse ni a sobrellevar la carga procesal que sólo a la Administración compete; razones todas que coinciden con el criterio mantenido en las sentencias de 27 y 29 de septiembre de 1960, recaídas en supuestos similares; procede acoger la causa de inadmisibilidad alegada.» (Sentencia de 25 de abril de 1985, Sala 3.º, Ar. 1955.)

VI. SERVICIO PÚBLICO

1. Tarifas. No procede la elevación de las tarifas por el simple aumento de los gastos y costes, sino que es preciso acreditar técnicamente la ruptura de la economía de la concesión, ya que éste es el hecho determinante de la potestad de la Administración.

«Entrando a resolver el fondo del recurso, es decir, si es procedente o no el aumento de las tarifas del Mercado de Arguelles, acordado por el Ayuntamiento a instancia de la entidad concesionaria, Inmobiliaria M.U.S.A., aumento que debe venir justificado por el hecho determinante exigido por el artículo 127 del Reglamento de Servicios: mantener el equilibrio económico de la concesión, para lo cual: "b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio (impuestas por el Ayuntamiento), circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinarán en cualquier sentido la ruptura de la economía de la concesión". En qué consista esta economía lo dice el artículo 129-3 del mismo Reglamento: "En todo caso de retribución prevista para el concesionario, uno de cuyos ingresos son las tasas, según el apartado 1-b) deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial." Claramente se advierte que el desequilibrio económico de la concesión no se produce sola-

mente por el simple aumento de gastos y costas, como ha pretendido la concesionaria y el Ayuntamiento ha aceptado, sino que es algo más complicado que precisa de un previo estudio económico que sólo puede hacer un técnico en esta ciencia. Es precisamente lo que ha hecho la representación de los recurrentes, incorporando a los autos dos informes periciales: uno formado por un intendente mercantil a instancia de aquéllos y otro por un censor iurado de cuentas nombrado conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la práctica de la prueba pericial, siendo de lamentar que la Corporación demandada no haya querido intervenir en esta prueba, porque, según su criterio, era inútil dado el carácter discrecional de su facultad tarifaria. El resultado de esta prueba no ha podido ser más contundente: por el expediente administrativo y documentación presentada, "no resulta evidencia suficiente para determinar cuantitativa y cualitativamente el desequilibrio económico que haya podido producirse en la explotación del Mercado de Arguelles para el año 1978. Consecuentemente, tampoco hay la evidencia necesaria que demuestre que tal desequilibrio económico asciende al porcentaje del 28,39 por 100, autorizado por la Delegación de Abastos y Mercados del Excmo. Ayuntamiento de Madrid a efectos de elevación de tarifas". La validez del acto administrativo sujeto a revisión en este recurso depende de la constatación de los hechos determinantes que legalmente lo justifiquen, es decir, de los hechos exigidos en el artículo 129 ya citado, para poder afirmar la existencia o no del desequilibrio económico, y como estos hechos determinantes no han sido acreditados por falta de documentación pertinente, que ni el concesionario ni el Ayuntamiento aportaron, es obligado concluir que el acto administrativo impugnado carece de fundamento fáctico y, en consecuencia, carece también de validez. Finalmente, los recurrentes en su demanda concretan la petición: "que se anule y deje sin efecto la mencionada resolución, acordando la reposición del expediente al momento de su iniciación", mientras que en el escrito de conclusiones piden: "Acordando la necesidad de procederse a la tramitación de un nuevo expediente con interven-ción de los arrendatarios de los locales, puestos..." Dada la doctrina mantenida por esta sentencia en el Considerando 2.º, es obligado anular el acto sin acordar la formación del nuevo expediente, iniciativa que dependerá de la voluntad de la entidad concesionaria.» (Sentencia de 3 de enero de 1985, Sala 4.4, Ar. 2589.)

2. Caducidad de la concesión. Naturaleza y efectos jurídicos de la caducidad de la concesión, especialmente en relación al destino de los bienes afectos a la explotación y su eventual indemnización, como si se tratara de un supuesto de rescate.

«Del' Real Decreto de 13 de enero de 1978 se impugnan los artículos 2 y 3; el primero en cuanto dispone que la empresa TITSA "comenzará a prestar el servicio, con carácter inmediato, con los elementos materiales, vehículos e instalaciones afectados a la concesión vigente". "La utilización de los mismos se indemnizará conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa"; "la empresa se ajustará para la explotación de los servicios a lo dispuesto en legislación de Ordenación y en las resoluciones ministeriales mencionadas en el artículo anterior", y el artículo 3 dispone en el párrafo segundo que "las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo con anterioridad al momento referido —entrada en vigor del presente Real Decreto— serán de cuenta de Transporte de Tenerife, S. L.", y el punto 4 del acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de septiembre de 1978 en cuanto, a su vez, dispone que "en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor del presente acuerdo, Transportes Interurbanos de Tenerife, S. A., propondrá a la Dirección General de Transportes Terrestres las necesidades de adquisición definitiva o de utilización respecto a los bienes de diferentes clases afectos a la concesión caducada por resolución ministerial de 26 de junio de 1978 en

cuanto sean necesarias para la prestación de los servicios adjudicados. Previa aceptación de la Dirección General, Transportes Interurbanos de Tenerife abonará las indemnizaciones que procedan"; sin embargo, se considera preciso aclarar que en el suplico de la demanda se limitan las pretendidas declaraciones de nulidad de estos actos administrativos al inciso segundo del párrafo primero y el párrafo segundo del artículo 3 del Real Decreto impugnados, a los que habrán de acomodarse los pronunciamientos posibles del fallo de la sentencia, sin perjuicio de que las declaraciones contenidas en el número 4 del acuerdo del Consejo de Ministros vengan implícitamente debatidas y resueltas en el recurso deliberante de aquellas otras disposiciones del Real Decreto impugnado por lo que puedan resultar improcedentes unos e inoperantes otros los argumentos especialmente configurados para impugnar el acuerdo del Consejo de Ministros.

Declarada la caducidad de la concesión de Transportes Tenerife, S. L., por resolución ministerial de 26 de junio de 1978, interesa determinar la naturaleza jurídica de dicha concesión y los efectos deducibles de la misma, y habrá de servirse para ello de la normativa concedida de 27 de diciembre de 1947 y 97 y 98 del Reglamento de 9 de diciembre de 1949, y siendo causa de la caducidad de las concesiones, de conformidad con lo previsto en el número 4 del artículo 97 del Reglamento, el propósito manifestado por el concesionario de cesar en el servicio por explotarse con déficit por causas ajenas a su gestión, que deberá justificar plenamente; esta contingencia económica está constatada de forma inequívoca en el curso de los expedientes administrativos; del expediente de suspensión de pagos tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, y está presente a lo largo de las actuaciones practicadas también en este proceso, y este presupuesto de caducidad por déficit económico en la gestión del servicio público conduce al conocimiento e interpretación, a su vez, del párrafo último del artículo 28 de la Ley de Ordenación de Transportes, según el cual cuando ese concesionario manifieste su propósito de abandonar el servicio por explotarse éste con déficit por causas ajenas a su gestión, circunstancia ésta que deberá justificarse plenamente, podrá el Ministerio de Obras Públicas, previos los asesoramientos necesarios, caducar la concesión sin la total pérdida de fianza, siempre que el concesionario esté dispuesto a continuar prestando el servicio durante el plazo que se considere necesario para que pueda organizarse en debidas condiciones la continuación del mismo sin interrupción. Este plazo se fijará por el Ministerio de Obras Públicas y no podrá exceder de un año; normativa desarrollada en el último párrafo del artículo 98 del Reglamento, y es esta falta de disposición de Transportes Tenerife para continuar con el servicio la que determina el mandato del precepto antecedente comentado de que "la caducidad de una concesión llevara consigo la pérdida de la fianrazones legales todas que conducen a la conclusión primaria de que habrá de definirse la situación legal planteada en su día y definida en este trámite como una caducidad de la conclusión de que estaba asistida la entidad recurrente con la pérdida de fianza, y habrá de ser de ella de la que se deberá partir y deducir las consideraciones nuevas en torno a esas consecuencias económicas que le imponen los actos administrativos recurridos, y frente a los cuales se acciona para obtener la declaración de nulidad del artículo 2 del Real Decreto en el inciso relativo a la forma de indemnizar los bienes ocupados por TITSA con arreglo a lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa, así como la nulidad del artículo 3, párrafo 2, de dicho Real Decreto; y el derecho a percibir por la adquisición de sus bienes la indemnización que le correspondería en caso de rescate, y la que legalmente también le corresponda por la utilización de los mismos desde el 6 de junio de 1977, y por todos los daños de cualquier clase que sean que puedan haberse producido o se produzcan en ellos hasta tanto se formalice la adqui-

Las discrepancias económicas que resultan de las disposiciones adoptadas en los actos administrativos recurridos y el suplico de la demanda deberán

ser resueltos tomando como punto de partida las apreciaciones mantenidas acertadamente en el dictamen del Consejo de Estado de 20 de diciembre de 1977, en que se analizan: a) el problema de la indemnización de daños y perjuicios; b) consecuencias deducibles de las declaraciones de caducidad en orden al destino de los bienes del concesionario adscritos a la explotación del servicio, y c) consecuencias de la declaración de caducidad en orden a la asunción de los gastos de explotación enunciados, que en gran parte están incursos en aquellos otros que integran el contenido de las pretensiones de la demanda; y cumple analizar el primero de los planteamientos por cuanto que si, como queda dicho, la caducidad por explotación deficitaria no determina más consecuencia económica que la pérdida de la fianza, no es posible considerar esta responsabilidad por la apreclación culpable de un supuesto incumplimiento; el segundo porque al examinarse las consecuencias deducibles de la declaración de caducidad en relación al destino de los bienes adscritos a la explotación del servicio, la conclusión cuarta habrá de ser que la declaración de caducidad no produce por sí misma la incautación de los bienes afectos a la concesión, ello tanto si la Administración no considera la explotación de servicio público de que se trata como si, como sucede en el presente caso, decide la continuidad de la explotación, y el tercero y último porque la referencia a la asunción de los gastos de explotación los considera resueltos en virtud de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Santa Cruz de Tenerife en 4 de julio de 1977, según la cual: la Administración Civil del Estado asumirá las consecuencias económicas que se puedan producir por razón de la explotación del servicio público, y sin que en modo alguno dicha explotación pueda repercutir en perjuicio de la masa de acreedores de la suspensión de pagos; criterio éste compartido y aceptado por el Consejo de Estado y que hace suyo la Sala al estimar que no sería justo hacer recaer sobre el concesionario las consecuencias de una explotación deficitaria de la que se pretende liberar a través de su petición de declaración de caducidad, y que se anticipa habrá de acarrear como obligada consecuencia la declaración de nulidad del párrafo segundo del artículo 3 del Real Decreto, que, en efecto, dispone que las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo con anterioridad al momento referido serán de cuenta de Transportes de Tenerife, S. L.

La declaración del artículo 2 del Real Decreto de la disponibilidad por la nueva empresa de los elementos materiales, vehículos e instalaciones para la concesión vigente o nueva concesión habrá de acarrear, como queda razonado, la consecuencia lógica de necesaria valoración de los bienes que se afectan o destinan a la continuidad del nuevo servicio, postulándose como supuesto de aplicación los artículos 100 a 105 del Reglamento de Carreteras, en los que efectivamente viene prevista la contingencia del rescate de una concesión cuando las necesidades de interés público lo exijan, y esta previsión legal que lógicamente postula la oportunidad y legalidad de la consiguiente indemnización es, lógicamente, opuesta al camino marcado en el Real Decreto y artículo que se comenta en torno a la invocación de lo que dispone el artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa, por cuanto que esta norma que produce el espejismo de una atribución discrecional del Estado para proceder "por razones de interés público la intervención de una empresa mercantil" y se compromete a indemnizar sus titulares "el valor efectivo de los daños y deterioros extraordinarios sufridos por la maquinaria e instalaciones", viene condicionada por una serie de disposiciones y medidas previas para hacer posible la aplicación de dicho procedimiento, y de ellas como especial la previa declaración de utilidad pública o de interés social, elemental previsión que se considera "indispensable" por el artículo 9 de dicha Ley de Expropiación Forzosa, razón por la cual resulta improcedente sustituir una normativa específica y concreta al caso que se contempla por otra que, ciertamente, puede conducir a un supuesto de ilegalidad, con las consecuencias que de ello pudieran derivarse, y por tanto a la obligada declaración de nulidad del citado artículo 2 del Real Decreto en el particular concreto de la

indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa.» (Sentencia de 17 de mayo de 1985, Sala 3.4, Ar. 2362.)

VII. ENERGÍA ELÉCTRICA

Suministro a Corporaciones Locales. Prohibición de interrumpir el suministro por demora en el pago, al prevalecer el artículo 56 del RCCL sobre el artículo 84 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas.

«El tema controvertido en el litigio se plantea en grado de apelación en los mismos términos en que lo fuera en la primera instancia, por insistir la parte apelante y demandante en la argumentación jurídica empleada por la misma con anterioridad y rechazar la tesis sustentada por el Tribunal a quo, que la Sala hace suya al haber aceptado sus fundamentos, apoyados en la doctrina contenida en su sentencia de 13 de febrero de 1980, que, como su fecha expresa, es posterior en el tiempo al Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, e incluso a la Ley 47/1978, de 7 de octubre, sobre cuyas normas pretende la empresa recurrente asentar su postura, encaminada a eliminar de la cuestión debatida el juego del artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, que constituye el punto clave del problema jurídico; mas a lo ya dicho en la sentencia recurrida para rechazar la demanda cabe añadir, en refuerzo de su postura, que la parte ape-lante se aferra al precepto contenido en la regla 1.º del artículo 109 del Decreto 3046/1977 citado, por el que se aprueba el texto articulado parcial de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de bases de régimen local y enumerador del orden de fuentes en la contratación administrativa, para interpretarlo a su conveniencia y aisladamente, desconectado de los restantes preceptos del mismo, pues, en efecto, si aquella regla dice que "los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las entidades locales, así como la prestación de suministros a las mismas, tienen el carácter de administrativos y se regirán por las presentes normas y sus disposiciones reglamentarias y, supletoriamente, por la Ley de Contratos del Estado y las restantes normas del Derecho Administrativo", sólo interpretándolo en la forma dicha cabe acudir de primer intento al artículo 243 del Reglamento de Contratos del Estado, como precepto único atinente al caso y que lo soluciona, pues la redacción de la norma transcrita pone bien de manifiesto que la legislación de contratos del Estado es supletoria, lo que quiere decir que se aplicará para suplir la falta que pueda haber en la legislación preferentemente señalada, cual es el Decreto en cuestión y "sus disposiciones reglamentarias", y respecto de estas últimas previene la Disposición Transitoria Primera del mismo que hasta la aprobación de los Reglamentos de ejecución de la presente Ley continuarán vigentes las disposiciones de los Reglamentos, entre otros el de Contratación mencionado de 9 de enero de 1953, en cuanto no se opongan a esta Ley, y no se aduce ni adivina razón alguna por cuya virtud resulte esa incompatibilidad, cuando el precepto del artículo 56 se limita a consagrar una garantía de mantenimiento de un servicio público, en consideración al interés general llamado a satisfacer, como valor que prima en el ámbito del Derecho Administrativo.

Por consiguiente, la sentencia apelada procede con acierto cuando estima de preferente aplicación al problema debatido el artículo 56 del Reglamento de Contratación, que prohíbe al contratista interrumpir el cumplimiento del contrato por demora en el pago del suministro, sobre el artículo 84 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas, aprobado por Decreto de 12 de marzo de 1954, que autoriza a suspenderlo por la autoridad administrativa en tal supuesto, de donde se sigue la procedencia de desestimar el recurso de apelación.» (Sentencia de 20 de febrero de 1985, Sala 3.º, Ar. 499.)

VIII. DOMINIO PÚBLICO

Utilización. El Ayuntamiento puede válidamente excluir a las personas jurídicas de los concursos para adjudicar concesiones para la instalación de los quioscos de periódicos en la vía pública. Así se realiza una función social en favor de las personas físicas de modesta condición y, a la vez, se evita que potentes empresas editoriales monopolicen los puestos de venta, lo que constituiría un riesgo para la libre distribución de publicaciones y, por tanto, para la libertad de expresión.

«El problema litigioso consiste en determinar si el ordenamiento jurídico vigente autoriza al Ayuntamiento apelante a excluir a las personas jurídicas de los concursos de adjudicación del uso privativo de bienes de dominio público, convocados para la instalación y explotación de quioscos de venta de periódicos, revistas y libros, y limitar la participación en los mismos, así como el ejercicio del derecho de tanteo a las personas físicas; problema que es resuelto por la sentencia apelada en el sentido de considerar ilegal dicha exclusión por entrañar un ejercicio de la facultad discrecional del Ayuntamiento que excede de los límites que imponen el interés público y el régimen legal aplicable, contenido en los artículos 3.1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y 9 de la Ley de Contratos del Estado, y es contrario al principio de igualdad sancionado en los artículos 2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 14 de la Constitución, y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, según la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de 22 de mayo de 1967 y 27 de enero de 1965, y la del Tribunal Constitucional declarada en las sentencias de 6 de abril, 2 de julio y 10 de noviembre de 1981 y 26 de febrero de 1982.

El estudio de la sentencia apelada suscita, en una primera crítica, la objeción doctrinal de que aplica al caso de autos, en forma indiferenciada, el régimen legal de la concesión de servicios públicos, olvidando que se trata de un supuesto típico de concesión demanial para la prestación de servicios privados destinados al público, cuya naturaleza jurídica difiere en sustanciales aspectos con la que corresponde a aquélla, puesto que mientras la concesión de servicios públicos se caracteriza esencialmente por su naturaleza contractual y estable, la concesión demanial viene considerada mayoritariamente. a pesar de la terminología empleada por el artículo 62 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, como una auténtica autorización o permiso de policía cuya condición predominante es la de ser unilateral y precaria, con la consecuencia de que en ella la Administración tiene un más amplio margen de discrecionalidad que no puede desconocerse al enjuiciar la licitud de las cláusulas que impone para su adjudicación, sometida a normas y principios distintos de los que gobiernan la concesión de servicios públicos por estar ésta dotada de una superior intencionalidad jurídica determinante de un tratamiento más rigurosamente reglado; sin embargo, y a pesar de ello, no es preciso profundizar en dicho tema doctrinal, por otro lado muy complejo y polémico, para llegar a una decisión revocatoria de la citada sentencia, pues siendo indiscutiblemente correcta su doctrina de que la discrecionalidad que al Ayuntamiento concede el artículo 63 de dicho Reglamento de Bienes, y no el 115 del también mencionado Reglamento de Servicios que cita la sentencia, debe ser ejercitada dentro de los límites que le imponen la moderación, equilibrio e interés público, así como el principio de igualdad que prohíbe establecer desigualdades de trato que no tengan una justificación objetiva y razonable, también es cierto que incide en errónea apreciación la sentencia cuando estima que no existe esa justificación en el trato desigual que los acuerdos recurridos conceden a las personas físicas y a las jurídicas, pues la

situación en que se encuentran dichas dos clases de personas frente a un concurso restringido que tiene por finalidad la adjudicación del uso privativo de un espacio de la calle pública para la instalación y explotación de puestos de venta de periódicos, revistas y libros, no es en forma alguna idéntica, sino, al contrario, de naturaleza bien diferente en cuanto que es manifiesto que constituye exigencia social innegable el que la citada actividad sea ejercitada por personas físicas de modesta condición económica que encuentran en ella un medio digno de subsistencia, y al hacerlo así el Ayuntamiento dentro del marco del artículo 101.2.k) de la Ley de Régimen Local, realiza una función de promoción social a la cual son totalmente ajenas sociedades y empresas no necesitadas de ella, y si a esto se añade que la intervención en dichos concursos de las expresadas personas jurídicas sólo puede responder a un mero interés mercantil, que bien puede propiciar el monopolio de los puestos de venta por poderosas empresas editoriales, con grave peligro de desembocar en un control discriminador de la distribución de publicaciones ajenas y, por tanto, en quebranto del también constitucional derecho de libertad de expresión, forzoso es concluir que la exclusión a todos los efectos de dichas personas jurídicas de los referidos concursos de concesión demanial viene respaldada y legitimada por una clara y notoria justificación objetiva y razonable, que se manifiesta congruente y adecuada a un fin de justicia social y promoción de trabajo de las clases necesitadas, siendo por ello merecedora de confirmación judicial.» (Sentencia de 12 de abril de 1985, Sala 4.º, Ar. 2204.)

IX. LIBERTADES PÚBLICAS

A) Libertad de enseñanza.

1. El artículo 27 de la Constitución protege el derecho a la creación de centros docentes, así como el derecho a su funcionamiento, como objeto y contenido de la creación, de manera que toda actuación administrativa que afecte al funcionamiento de un centro afecta también al derecho constitucional protegido.

«El apelante, al referirse al artículo 27 de la Constitución, menciona como único derecho constitucionalmente protegido el de "creación" de Centros educativos, lo que excluiría de este procedimiento especial el funcionamiento, pudiendo ser revisado en este proceso especial solamente la autorización o denegación para crear el Centro, mas no la revocación de la autorización una vez concedida ésta, lo cual quedaría para ser examinado en un proceso ordinario; tesis inaceptable, con su solo enunciado, ya que si se crea un centro educativo, esta creación tiene un objeto, que es impartir la educación, y ésta solamente se logra mediante el funcionamiento del Centro, ya que en otro caso llegaríamos a la conclusión de que el derecho constitucional permite crear algo para su sola creación, no para que lo creado funcione, y ni los cuantiosos gastos de instalación ni los derechos y tasas abonados para ello tienen más objeto que la creación del Centro, no su funcionamiento y permanencia, y, por lo tanto, carece de contenido el derecho que la Constitución proclama en el apartado 1 del propio artículo 27, es decir, el derecho a la educación, que no es otra cosa sino el derecho a una prestación administrativa, y esa prestación no se da por la mera creación de un Centro educativo, sino impartiendo en el Centro creado la enseñanza para la que se creó, es decir, mediante su funcionamiento, por lo que cuando éste cesa, mediante la revocación de la licencia o autorización concedida, puede quedar afectado un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido, y, por lo tanto, el recurso procedente será aquel en el que tales derechos se tutelen; pero es que, aparte de lo dicho, los propios términos de la autorización

administrativa están poniendo de manifiesto que la autorización se concede no sólo para la "creación" o nacimiento del Centro, sino para su funcionamiento, ya que en otro caso no tiene objeto ni fijar el número mínimo de alumnos, ni el horario lectivo, ni las circunstancias físicas del Centro, ni la relación profesorado-alumno, ni otras circunstancias que están evidenciando lo que, por ser evidente, es de difícil demostración: que lo constitucionalmente protegido no es sólo la creación del Centro, sino también su funcionamiento, como objeto y contenido de esa creación, y, por lo tanto, todo lo que afecte al funcionamiento afecta también al derecho constitucionalmente protegido que se proclama en el apartado 6 del artículo 27 de la Constitución.» (Sentencia de 20 de marzo de 1985, Sala 3.º, Ar. 1416.)

2. Subvenciones. Criterios que deben presidir su otorgamiento para no violar el derecho constitucionalmente recogido.

«De la lectura del artículo 27, y los con él conexos, de la Constitución, así como de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en especial en la sentencia de 13 de febrero de 1981, procede sentar las siguientes conclusiones: a) La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27-1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los arts. 16-1 y 20-1-a), conexión que queda claramente establecida en el artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar nuestra Constitución, según dispone su artículo 10-2. b) La libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas (art. 27-6) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27-3). c) El artículo 27-6 de la Constitución, por el que se reconoce la libertad de creación de centros docentes, es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza, pues supone la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado. d) Mediante el juego de citados preceptos en que se proclama la libertad de enseñanza y de creación de centros educativos es como puede satisfacerse ese otro derecho fundamental, recogido en el artículo 27-3, que tienen los padres a que se dé a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones; y es precisamente en función de este derecho fundamental donde encuentra justificación el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo que ha de ser siempre compatible con el ideario educativo de la Constitución, que, según artículo 27-2, es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Y con arreglo a diversos tratados, acuerdos y declaraciones internacionales que, según los arrículos 10-2 y 96-1 de la Constitución, deben utilizarse para interpretar el derecho fundamental del artículo 27-3 de nuestra Constitución, al que también ellos hacen referencia, este derecho de los padres se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, es decir, la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conforme con una determinada ideología prima sobre la transmisión del conocimiento científico; por eso, nuestra Constitución (art. 27-3) habla de formación religiosa y moral, el artículo 26-3 de la Declaración Universal de 1948 se refiere a la elección del tipo de educación, los Pactos internacionales de 1966 de derechos civiles y políticos y de derechos económico-sociales y culturales, en sus artículos 184 y 13-3, respectivamente, hablan de "educación religiosa y/o moral", expresión que aparece también en el artículo 5-1-b) de la Convención para no discriminación de la enseñanza de 1960. e) Ese derecho de los padres a decidir la for-

mación religiosa y moral que los hijos han de recibir, consagrado en el artículo 27-3 de la Constitución, es distinto del derecho de elegir centros docentes; y si bien este derecho no viene expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, sí aparece reconocido en el artículo 13-3 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en el 184 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en el 26-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 2 del Protocolo de la Convención europea de 1960, aunque también es obvio —como se dice en el fundamento 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional ya mencionada— "que la elección del centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral"; y, por tanto, creemos que no hay duda alguna que este derecho de libre elección del centro forma parte del núcleo o contenido esencial del derecho de educación, dado, además, que en un sistema público basado en el pluralismo y la confesionalidad del Estado, los centros docentes del Estado han de ser ideológicamente neutrales. f) Según el artículo 27 de la Constitución, nuestro sistema educativo está compuesto por centros escolares creados por los poderes públicos y centros escolares privados, siendo ambas instituciones escolares convergentes y complementarias entre sí, cual ha declarado con reiteración el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y entre dichos centros hay muchos terrenos comunes, como indica la Constitu-ción en los párrafos 2, 5, 8, 7 y 9 del artículo 27, relativos los dos últimos a la ayuda o sostenimiento financiero concedido a centros docentes privados por los poderes públicos.

No es coherente con lo anteriormente dicho el contenido de alguno de los preceptos impugnados, que, por tanto, entendemos vulneran el derecho fundamental de libertad de enseñanza, consagrado en el artículo 27-1 de la Constitución, al suponer un obstáculo al ejercicio del mismo; a saber: a) El requisito de que para acceder a las subvenciones han de impartirse las ensenanzas completas y contar con un número mínimo de unidades escolares supondrá la desaparición de muchos centros pequeños y los de reciente autorización que comienzan con pocas unidades para aumentarlas gradualmente, y dejar a la discrecionalidad de la Administración qué centro de los que están funcionando legalmente son subvencionables y cuáles no, y que, en principio, eliminaría a los pequeños centros, a veces más solicitados por muchos padres, sin perjuicio de que la subvención deba adecuarse al número de alumnos y grados y de los correspondientes gastos que éstos originan. b) El requisito de distribuir las plazas de profesores por exactas mitades entre titulares y agregados, adjuntos o auxiliares, lleva consigo crear una serie innecesaria de problemas de despido de personal y de cierre en aquellos centros en que la mayoría o la totalidad de los profesores son titulares. c) El requisito de condicionar las subvenciones a que la enseñanza en los centros de Formación Profesional se imparta en jornada de mañana y tarde supone una intromisión en las potestades organizativas del centro y, sobre todo, dificultar la asistencia al mismo del alumno trabajador, en contemplación al cual se hace jornada continuada. d) El criterio de zonificación del alumnado a tener en cuenta como prioritario para obtener la subvención implica también una sensible limitación u obstáculo al ejercicio libre del derecho de elección de centro que comporta la libertad de enseñanza, el que se coarta al obligar a elegir no el centro realmente querido, sino el más cercano a su domicilio, y, por otra parte, se sanciona al centro elegido y a todos los padres de los alumnos, incluso de los que pertenecen a la zona, poniendo a los centros en la alternativa de escolarizar exclusivamente a los alumnos de su zona, impidiendo a padres de alumnos optar por el centro de su elección que coincida con su ideario educativo, condicionando la elección del padre no a criterios subjetivos de coincidencia de sistema educativo, sino a elementos objetivos, como la geografía; situación que se agrava cuando las zonas se encuentran infradotadas de centros escolares.

En cambio, no se vulnera el derecho fundamental de libertad de enseñanza consagrado en el artículo 27 de la Constitución: a) al determinar la Ad-

ministración la relación profesor/alumno por unidad, ya que se pueden estimar condiciones mínimas en materia de enseñanza reglada en general; b) el que en las Comisiones provinciales sean vocales dos representantes de los titulares de centros privados, pues en modo alguno puede de ello deducirse que no tenga otra finalidad que excluir a la F.E.R.E.; c) el establecer la Administración los precios máximos a percibir de la familia, pues todos los argumentos de la parte recurrente sobre que esa fijación se ha efectuado por el Ministerio sin intervención de la Junta Superior de Precios ni de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos del Gobierno, pese a lo dispuesto en el Real Decreto 2695/77, es materia que queda fuera del ámbito de la Ley 62/78, y afecta al control de legalidad propio del procedimiento ordinario.» (Sentencia de 24 de enero de 1985, Sala 3.º, Ar. 250.)

B) Asociación. El derecho reconocido en el artículo 22 de la Constitución hace referencia a las asociaciones de orden político, ideológico o sindical. Las asociaciones de carácter privado y con fin lucrativo pueden ser disueltas por la Administración, y su registro puede tener valor constitutivo.

«La recurrente también alega la nulidad radical de la sanción por el carácter inconstitucional del artículo 57 de la Ley de Ordenación Bancaria conforme al que se impuso la sanción, al infringir dicho artículo, el Fuero de los Españoles, el artículo 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, ratificado por España y publicado en el "Boletín Oficial del Estado" en abril de 1977, y el artículo 22 de la vigente Constitución española, debiendo rechazarse estas alegaciones que tratan de argumentar la violación del derecho fundamental de libre asociación, reservando a la autoridad judicial la facultad de dictar resolución con la disolución de las asociaciones, por las razones que siguen: a) El derecho de libre asociación que los textos legales y convencionales invocados reconocen y garantizan hace referencia a las asociaciones de orden político, ideológico, sindical, pero no a las que tienen un fin lucrativo, como acontece con los bancos y demás entidades mercantiles, y por esto el artículo 22 del Pacto internacional citado alude a las restricciones a que puede estar sometido el derecho asociativo por razón de seguridad nacional, seguridad pública, orden público o los derechos y libertades de los demás, limitaciones que ponen de relieve la esfera iuspublicista que caracteriza este derecho fundamental, y, según el artículo 10 de la vigente Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en ella se interpretarán conforme a los Convenios internacionales sobre ellos ratificados por España. b) El artículo 22.1 de nuestra vigente Constitución, al reconocer el derecho asociacional, hace referencia al Derecho público, como se constata ya por su interpretación semántica, pues el número 3 se refiere expresamente a las asociaciones constituidas "al amparo de este artículo"; añadiendo que deberán inscribirse en su registro "a los solos efectos de publicidad", norma que no implica la derogación de las normas legales del Código de Comercio y Ley de Sociedades Anónimas, que exigen a efectos constitutivos la inscripción registral mercantil. c) Tampoco podría aplicarse al caso presente el número 4 del mismo artículo 22 constitucional, al reservar a la autoridad judicial la facultad de disolver las sociedades, pues por las mismas razones expuestas se refiere a las asociaciones constituidas al amparo de esta norma constitucional.» (Sentencia de 18 de febrero de 1985, Sala 3.ª, Ar. 818.)

- C) Derecho al desempeño de funciones públicas.
- 1. La suspensión en sus funciones a un funcionario público, aun siendo provisional y preventiva mientras se tramita un expediente disciplinario, debe adoptarse sólo excepcionalmente, por afectar a sus derechos fundamentales al cargo, a la presunción de inocencia y a la tutela efectiva de los Tribunales.

«Si bien la existencia del procedimiento especial y sumario de la Ley 62/ 1978 no implica ni da al recurrente la facultad de elegir libremente dicho proceso sin más que la mera invocación de haber sido violado o desconocido un derecho fundamental, sino que la Sala tiene la obligación de examinar en el ejercicio de las funciones propias de esta jurisdicción su viabilidad, pero la medida cautelar provisional o preventiva de suspensión de funciones acordada como aneja a un expediente disciplinario implica a prima facie una limitación para el funcionario suspenso en sus funciones, que repercute directamente en el ámbito de los derechos fundamentales protegidos por la Ley 62/ 1978 alegados por el recurrente, no sólo en el amparado por el artículo 23-2 de la Constitución que fue objeto de examen por la sentencia apelada, que garantiza el derecho de todos los ciudadanos al acceso y desempeño de funciones y cargos públicos y consiguiente derecho a permanecer en los mismos, en condiciones de igualdad, conforme ya ha sido interpretado por las sentencias del Tribunal Constitucional de 4 y 21 de febrero de 1983 y la de este Tribunal Supremo de 23 de julio de 1984, suficiente para desestimar la pre-tensión de inadmisibilidad opuesta por el abogado del Estado, por lo que no cabe el rechazo del recurso ni el de la presente apelación que del mismo trae causa, pues aunque es cierto que el recurso no se circunscribe a la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 al 29 del Texto Constitucional, por entremezclarse con cuestiones de legalidad, lo referente a competencia, infracciones formales y materiales y reclamación de daños y perjuicios, que son temas referentes al control de la legalidad de los actos o disposiciones propias del juicio contencioso-administrativo ordinario, ya que este proceso especial y sumario está exclusivamente reservado y establecido para tutelar la violación de los derechos fundamentales protegidos, con exclusión de las cuestiones de estricta legalidad, pero en el presente caso es manifiesto que, con independencia de estos temas, el recurrente se vio imposibilitado de ejercer sus funciones de jefe del Servicio de Cirugía Vascular de la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social de Granada durante más de nueve meses por un expediente disciplinario que se dice incoado, según aparece de los antecedentes administrativos, a instancia del Comité de Empresa del Hospital "Virgen de las Nieves" de la citada Ciudad Sanitaria, a instancia de la cual la Inspección de la Dirección General de Asistencia Hospitalaria de la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social de Andalucía (RASSA), con residencia en Sevilla, de cuyo Centro Directivo emanó la resolución impugnada, según aparece del documento número 2, que aunque se trate de una suspensión de tipo provisional y preventiva, es decir, simple acto de trámite, aunque sea temporalmente, privó al funcionario expedientado del ejercicio de sus funciones, lo que no sólo infringió el artículo 23-2, sino también el número 2 del artículo 24, al sancionar anticipadamente a quien no había sido objeto de sanción disciplinaria alguna y con total ausencia de motivación, "motivación" que es de esencial exigencia para adoptar esa medida preventiva por aconsejarlo la presunta gravedad de los hechos que se le imputan al expedientado, que en este caso todavía se ignoran, y en todo supuesto la suspensión preventiva o precautoria debe adoptarse sólo excepcionalmente, no con carácter generalizado e inseparable a todo expediente disciplinario, máxime sine die, con lo que se viola también el artículo 24 de la Constitución de obtener una tutela efectiva de los Tribunales, si no se otor-

gase este procedimiento sumario contra un acuerdo de trámite tan trascendente y también la presunción de derecho a estimar la inocencia protegida por el número 2 del indicado artículo 24, sancionando con tal medida anticipadamente a quien no ha sido objeto de sanción disciplinaria, atribuyendo de esta forma indirecta a los actos de la Administración una prerrogativa superior a las que se exigen para poder ejecutar una resolución judicial, por lo que resalta la exigencia de que tal medida provisional no puede ser nunca arbitraria ni discrecional, al incidir tan directamente en los derechos del artículo 24 de la Constitución española, tiene que estar amparada por hechos de gravedad y razones que la justifiquen, tras un escrupuloso y esmerado examen de los hechos llevados a conocimiento del órgano disciplinario subsumiéndolos en las normas correspondientes, requisitos que en el presente caso no se han cumplido; todo lo cual conlleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto, con expresa condena de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante por disposición legal.» (Sentencia de 1 de abril de 1985, Sala 3.º, Ar. 1744.)

2. La interpretación del artículo 23.2 de la Constitución, realizada de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lleva a la conclusión de que el citado precepto sólo alcanza al derecho a los cargos de representación política.

«Respecto a la supuesta infracción de los artículos 14, 23-2 y 24 de la Constitución, también alegada por la parte apelante, ratificamos los acertados fundamentos de la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos aceptamos, suficientes por sí solos para motivar su confirmación; pero, a mayor abundamiento, conviene precisar lo siguiente: a) Que no se ha probado en juicio la existencia de otro funcionario en la misma situación que el recurrente, que sirviese de confrontación para poder apreciar la supuesta discriminación por el mismo órgano frente a casos sustancialmente iguales. b) La lectura del artículo 22, 1 y 2, de la Declaración de los Derechos Humanos y del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos se refiere a los de representación política; por lo tanto, para delimitar el alcance del derecho de acceso a los cargos públicos hemos de interpretar el artículo 23-2 de la Constitución en conexión con su 23-1 y de acuerdo con los preceptos transcritos de la citada Declaración Universal y Pacto Internacional, según dispone el artículo 10-2 de la Constitución, y coherente con ello sentar que el artículo 23, 1 y 2, de la Constitución se refiere a los cargos públicos de representación política, como dice el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de febrero de 1984, situación distinta del cargo que detentaba el recurrente. c) Que tampoco se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, pues el recurrente no ha sufrido indefensión alguna, ya que ha ejercitado cuantas acciones estimó pertinentes y aportó las pruebas que creyó oportunas.» (Sentencia de 29 de mayo de 1985, Sala 3.4, Ar. 2418.)

X. SANCIONES

A) Principio de legalidad. Pese a reconocer la inconstitucionalidad de una remisión normativa genérica en materia sancionadora, se establece la validez del reglamento aduciendo la prevalencia del interés en contar con normas sancionadoras en la materia y la siempre posible fiscalización jurisdiccional del contenido de la norma sancionadora.

«Esto sentado, nos encontramos en este caso con el hecho de que existe, como hemos dicho, todo un bloque de legalidad, formado por las disposiciones anotadas, en el que, ciertamente, la norma básica, el citado Real Decretoley de 25 de febrero de 1977, peca por lo sucinto de sus disposiciones, confiando en el complemento a realizar por el Consejo de Ministros o Gobierno (art. 4-1.°) y por el Ministerio —entonces de la Gobernación— (art. 4-2.°), a los que delega estas misiones, a través de la técnica de la "remisión normativa", incurriendo en cierto exceso de delegación en el poder reglamentario de la Administración.

A propósito de este tipo de cuestiones, el dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1982 sienta la doctrina de que el principio de legalidad no opera con tal rigidez que imponga que una ley formal agote absolutamente la descripción de infracciones y sanciones, sin dejar espacio alguno a un desarrollo reglamentario posterior, pues más bien ha de entenderse que también en este campo dispone el Gobierno de la potestad reglamentaria que directamente le atribuye la Constitución (art. 97).

Aparte de lo dicho, no se debe volver la espalda a la realidad de los intereses y de los valores que se hallan en juego en supuestos como el que nos ocupa, ateniéndose tan sólo a una jurisprudencia de conceptos, alejada de la vida y de las conveniencias sociales. Decimos esto porque este bloque de legalidad, apresuradamente formado, tuvo que desarrollarse como lo hizo para atender a los apremios de una decisión política (la legalización del juego, hasta entonces prohibido y penado) y, a la vez, a la necesidad de establecer cauces en la práctica de los juegos que venían a ser autorizados, sólo concebibles a través de formalidades y de controles rigurosos, ya que el juego en sí, sin frenos ni trabas, pone en peligro intereses y valores morales, individuales, familiares y sociales, necesitados de una especial protección, como la propia Exposición de Motivos del tan citado Real Decreto-ley se encarga de destacar.

Para conjugar y atender debidamente las motivaciones contrapuestas que se derivan de principios y realidades, nada mejor que prestar atención a una regla hermenéutica de general observancia, aquella que sale al paso de toda interpretación que conduzca al absurdo, ya recogida en la más antigua jurisprudencia (ejemplo: sentencia Sala 1.º de 20 de enero de 1908) y mantenida por todos los Tribunales de Justicia; pues bien, en este caso, la solución a que llega la Sala de la Territorial de desposeer de base legal a los acuerdos recurridos y anular los mismos conduce al absurdo de dejar en el más completo caos a toda la práctica de una actividad —el juego— hasta hace poco prohibida, y no sin razones; puesto que caos sería dejar inerme a la sociedad y a la Administración frente a abusos, irregularidades y fraudes, desde el momento en que el conjunto de normas reglamentarias se convierten en normas imperfectas, al quedar desprovistas del resorte que verdaderamente les proporciona su condición de normas jurídicas: el de la coacción que fuerza a su cumplimiento y observancia.

Por lo expuesto, entre mostrarse rigurosos ante este exceso en los poderes delegados en el Ejecutivo, dejando descontrolada toda una actividad que tanto puede poner en peligro valores dignos de máxima protección, como ha hecho el Tribunal "a quo", o, por el contrario, flexibilizar el imperio de la le-

galidad, no abandonándola, desde luego, sino supliendo lo que en ella hay de garantía "ex ante" por la que "ex post" le ofrece el control jurisdiccional, a que obliga el artículo 106-1.º de nuestra Ley Fundamental; entre una y otra postura, repetimos, la solución creemos que no es dudosa; y no lo es porque la legalidad no va a quedar en entredicho, manteniendo la que existe, puesto que la parte más vulnerable de la misma, expresada por el Real Decreto y la Orden ministerial antes citados, al ser de inferior rango, eso precisamente permite un control jurídico pleno, al no gozar de las ventajas de los llamados "decretos legislativos".» (Sentencia de 20 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 1186.)

B) Principio de proporcionalidad. En aplicación de dicho principio, que vincula tanto a la Administración como a los Tribunales, éstos pueden apreciar todas las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho y en la conducta del infractor durante los procedimientos penal y disciplinario seguidos contra él, y modificar, en consecuencia, la sanción impuesta por la Administración.

«El Derecho Disciplinario, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, es independiente del Penal por su finalidad, por lo que pueden coexistir distintos tipos de corrección en uno y en otro, siendo también doctrina jurisprudencial —sentencias, entre otras, de 14 de febrero de 1984 y las que en ella se citan— que la sanción impuesta en vía disciplinaria puede ser revisada en la jurisdiccional, tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción correspondiente, habida cuenta de que el principio de proporcionalidad vincula igualmente a la Administración como a su control jurisdiccional; y dada la naturaleza de los hechos, los antecedentes del inculpado, que no se produjeron en el ejercicio de sus funciones, la propia resolución penal con una pena mínima de multa sustituible por veinte días de arresto, sin accesoria alguna, y apreciando la ausencia de ánimo de lucro en el inculpado, así como la trascendente colaboración prestada a la Administración de Justicia, gracias a la cual pudo determinarse cuantitativamente el capital evadido, así como su total repatriación, este Tribunal estima que no es proporcionada la sanción de separación del servicio, siendo más ajustada a Derecho la de suspensión de funciones por seis años.» (Sentencia de 19 de abril de 1985, Sala 5.º, Ar. 1716.)

C) Ejecutividad. El derecho a la tutela judicial efectiva comporta que la sanción administrativa no puede ejecutarse hasta que el acto sancionador sea firme.

«La ejecutividad inmediata que del acto administrativo impositivo de la sanción se hiciera a través del acuerdo que ahora se recurre, es indudable que tiene su previsión legal en el número 1 del artículo 24 de la Constitución, al disponer que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", por cuanto que abstracción hecha de un elemental principio bien conocido de que ha de entenderse este derecho que se pretende tutelar, tanto en las acciones que se interponen a través del proceso judicial como en aquellas otras actuaciones que se desarrollan en la vía administrativa, es lo cierto que, como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia de 6 de junio de 1984, el "derecho de tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal", y en este supuesto que nos ocupa resulta incuestionable, y se comparte así el criterio de la sentencia apelada coinci-

dente con la doctrina de esta Sala, que la ejecutividad del acto subordinado a la firmeza del acuerdo ha quedado vulnerado, dando comienzo el cumplimiento de la sanción sin esperar el resultado de los recursos, bien por la efectiva interposición de los mismos o bien por el transcurso del tiempo sin haberse hecho valer la reserva de acciones en este sentido efectuada.» (Sentencia de 20 de febrero de 1985, Sala 3.º, Ar. 498.)

XI. URBANISMO

A) Planeamiento.

1. Plan Especial de Reforma Interior. Relación con Plan General. El cambio de uso industrial a equipamientos comunitarios por el PERI no supone modificación de la estructura fundamental del Plan General. Se determina el contenido de la «estructura fundamental de los Planes Generales».

«El artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Suelo configura el Plan de Reforma Interior como instrumento de ordenación subordinado a un Plan superior, respecto del cual puede estar en una de las dos siguientes posiciones: a) operaciones de reforma interior previstas en el Plan General y a cu-yas determinaciones deberá ajustarse, y b) operaciones de igual clase no previstas en el Plan General, cuya estructura fundamental no pueden modificar, y tal artículo no puede interpretarse en el sentido de que el cambio de uso industrial a equipamientos comunitarios por un Plan de Reforma Interior, no previsto en el Plan General, constituya modificación de la estructura fundamental de éste, y ello porque el artículo 23.1 señala como objetivo de dicha clase de Planes Especiales la realización en suelo urbano de operaciones encaminadas, entre otras finalidades, a la descongestión y creación de dotaciones comunitarias, y tal objetivo, que es el que se persigue en el caso presente dentro de un contexto de gravísima carencia, sólo se puede alcanzar mediante el cambio del uso previsto en el Plan General, ya que resulta obvio que si los terrenos sobre los que opera el Plan Especial tuvieran asignado en el General un destino que permitiera la descongestión y creación de equipamientos comunitarios, el objetivo se alcanzaría sin mediación de un Plan Especial, que resultaría totalmente innecesario, debiendo en consecuencia afirmarse que el cambio de calificación o destino específico del suelo urbano previsto en el Plan General es consustancial con los Planes de Reforma Interior, y de ello se deriva la imposibilidad conceptual de equiparar cambio de uso pormenorizado o calificación del suelo con modificación de la estructura fundamental, pues si el artículo 23.3 señala como límite de legalidad de los Planes de Reforma Interior, no previstos en el Plan General, el que no afecten a esa estructura fundamental, es incuestionable que esa norma admite la existencia de Planes de Reforma Interior que no la modifican, y tal admisión legal se niega al equiparar cambio de calificación y de estructura fundamental en cuanto que con dicha equiparación todos los Planes de Reforma Interior no previstos en el Plan General infringirán el citado artículo 23, en cuanto que no pueden cumplir su objetivo y finalidad más que modificando el uso asignado a los terrenos de suelo urbano sobre los que opera, y de esa forma se eliminaría del ordenamiento urbanístico dicha categoría de Planes de Reforma Interior, dejando sin sentido alguno y desprovisto de toda eficacia normativa el citado precepto en el extremo en que admite y regula la figura de Planes de Reforma Interior no previstos en el Plan General, de-biendo a todo ello añadirse, en reiteración de lo declarado en las sentencias citadas, que el concepto positivo de "estructura fundamental de los Planes Generales" debe obtenerse mediante un análisis de los preceptos legales y re-

glamentarios que se refieren a la misma, entre los que destacan el 10, 11 y 12 del Texto Refundido y 15, 17 y 25 del Reglamento de Planeamiento, y dicho análisis conduce a la conclusión de que dicha estructura consiste en un conjunto de sistemas generales, detallados con toda precisión en el último de los preceptos reglamentarios citados, que se establecen en atención a la población prevista en el Plan en su conjunto y no a una específica clase de suelo, como claramente expresan las normas legales mencionadas al distinguir y separar como entidades diferentes la clasificación del suelo y la estructura fundamental, y aunque frente a esta concepción general, que no niega la importancia básica del sistema de clasificación del suelo, pudiera aducirse su inoperancia en el campo específico de los Planes Especiales con base en la prohibición de clasificación del suelo que respecto a los mismos establece el artículo 76.3 del antedicho Reglamento, debe advertirse que esta norma lo que en realidad prohíbe es que el Plan Especial sustituya al General en la función clasificadora del suelo, que consiste en asignar a los terrenos alguno de los tipos de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable que contempla el artículo 77 del Texto Refundido, lo cual es bien distinto de, respetando esa claes la "clasificación" del suelo en uno de esos tres tipos y otra la "clasificación" del suelo en uno de esos tres tipos y otra la "clasificación" del suelo en uno de esos tres tipos y otra la "clasificación" del uso pormenorizado de los terrenos comprendidos en suelo urbano, y ello conduce a que los Planes de Reforma Interior, que necesariamente operan sobre esta clase de suelo, no puedan alterar su clasificación de suelo urbano que le asigna el Plan General, pero sí modificar la calificación del uso que sea preciso para conseguir el objetivo legal que justifica su aprobación.» (Sentencia de 28 de diciembre de 1984, Sala 4.4, Ar. 427.)

2. Suspensión de licencias. No afecta a las de demolición, en tanto no es concebible en principio que su ejecución se oponga al nuevo planeamiento.

«Los artículos 27.1 de la Ley del Suelo y 120.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico bien claramente expresan que la suspensión de concesión de licencias es una medida cautelar cuya finalidad y razón de ser consiste en impedir la realización de obras que puedan resultar contrarias e incompatibles con el nuevo planeamiento que se encuentra en fase de estudio o aprobación y por ello, en principio, deben estimarse excluidas del ámbito de eficacia de los acuerdos suspensivos adoptados en aplicación de dichos preceptos todas aquellas licencias acerca de las cuales no exista duda alguna de que respetarán las determinaciones de ese Plan y en tal supuesto deben considerarse generalmente comprendidas las licencias de demolición, siempre que no sea de prever que el Plan acogerá alguna determinación imponiendo la conservación total o parcial de los edificios a demoler, pues en todos los demás casos la demolición, como acto material que se limita a devolver al inmueble su condición de solar, no es concebible que resulte contraria al planeamiento nuevo, sino más bien que facilitará la realización del mismo al eliminar obstáculos que puedan oponerse a sus previsiones y así se deduce de la letra del artículo 27 citado, exclusivamente referida a las licencias de parcelación y edificación, y si a estas razones generales se añade que en el caso de autos se trata de viejos edificios totalmente alejados de toda concurrencia de circunstancias que pudieran considerarlos de posible conservación, y respecto a cuya demolición el Ayuntamiento no alega razón alguna de contradicción con las determinaciones y efectos del nuevo planeamiento, se hace incuestionable concluir que la licencia que autoriza dicha demolición no resulta afectada por el anterior acto de suspensión de la concesión de licencias y así debe entenderse, rechazando la aplicación automática que del mismo pretende el Ayuntamiento en interpretación del repetido artículo 27 que no se aviene ni con su literalidad, ni con su fundamento y

finalidad, ni con el correcto desarrollo que del mismo hace el también citado artículo 120 del Reglamento.» (Sentencia de 27 de febrero de 1985, Sala 4.º, Art. 1237.)

B) Gestión. Sistema de compensación y gastos de ejecución y urbanización a cargo del Ayuntamiento. El Ayuntamiento propietario de terrenos en el polígono o unidad de actuación debe contribuir.

«En cuanto a la primera de las cuestiones que quedan planteadas, que, si bien es cierto que el artículo 186 del Reglamento de Gestión impone dicha contribución municipal a los gastos de urbanización en el sistema de co-operación, sin que exista un precepto homólogo en el Capítulo dedicado al sistema de compensación, no es menos cierto que de ello no es lícito deducir, a sensu contrario como se hace por el Tribunal a quo, que el Ayuntamiento propietario del 10 por 100, en el sistema de compensación, debe quedar eximido de toda contribución a los gastos, pues es bien sabido que, en buena hermenéutica, el silencio del legislador, sobre un punto determinado, no puede interpretarse en un sentido negativo ni positivo, por sí mismo, salvo precepto expreso que así lo disponga, sino que debe elucidarse en razón de la lógica interna del propio precepto y del conjunto normativo en que se inserta.

La tesis de que el Ayuntamiento, titular del 10 por 100 del aprovechamiento medio, debe contribuir proporcionalmente a los gastos de urbanización, cualquiera que sea el sistema de actuación que se siga, viene avalada por las siguientes razones: 1.º) la Ley nada dice sobre este punto, por lo que son admisibles diversas interpretaciones, de las cuales una ha quedado perfectamente concretada en el artículo 186 del Reglamento de Gestión, respecto del Sistema de Cooperación, que por haberse producido dentro del ámbito interpretativo propio de la potestad reglamentaria, no puede ser tachada de ilegalidad; 2.°) no existe razón alguna, a fortiori, para que la misma regla no se aplique al sistema de compensación, dado que, como es sabido, los propietarios, en este último sistema, asumen mayores cargas y responsabilidades que en el de cooperación, por lo que nada puede justificar que se les haga de peor condición a la hora de contribución a los gastos; 3.º) esta interpreta-ción se corrobora con lo dispuesto en el artículo 163 del citado Reglamento de Gestión que establece que "las Entidades públicas de bienes incluidos en el polígono o unidad de actuación, ya tengan carácter demanial o patrimonial" se integrarán en la Junta de compensación con plenitud de derechos, lo que de suyo implica tanto participación en las decisiones y provechos como en las cargas, debiendo destacarse que si esta condición la determina la sola titularidad de bienes "demaniales", con mayor razón deberá atribuirla el 10 por 100 del aprovechamiento medio, que se materializa en terrenos destinados a ser comercializados en el mercado libre, y 4.º) la corrobora, asimismo, el artículo 168 del mismo Reglamento que afirma que "todos" los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación "quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema", lo que significa que estas obligaciones constituyen cargas reales, ob rem, que se imponen a quien quiera que sea el titular de los terrenos, sin que pueda admitirse ninguna exención que no esté expresamente determinada en un precepto legal.» (Sentencia de 5 de febrero de 1985, Sala 4.4, Ar. 990.)

C) Edificaciones ruinosas. La obligación de derribar un edificio ruinoso, impuesta a su propietario por acuerdo municipal, subsiste en su persona aun cuando con posterioridad el propio Ayuntamiento haya expropiado el solar sobre el que se levanta el edificio.

«De la subsunción de los hechos que han sido expuestos a la hermenéutica legal, ha de estimarse correcta, pues aquéllos sólo denotan una actitud demoradora de la interesada a dar cumplimiento a la orden de derribo, que por unos u otros motivos va obstaculizando esa función de Policía que corresponde como derecho y deber al Ayuntamiento en el transcurso del larguisimo tiempo desde la primera requisitoria que recibe sobre la demolición en 25 de noviembre de 1974, hasta las alegaciones que formula en su escrito de interposición, y por último en la contestación a la demanda en cuyo escrito trata de oponerse a la pretensión de la Corporación en que por el acta de ocupación de los inmuebles cuestionados, como consecuencia de su expropiación, de fecha 18 de mayo —que aun careciendo de la referencia al año— ha de ser referida, como de su propio contexto se deduce inequívocamente, al año 1981, se había perdido la propiedad, y que, en consecuencia, el derribo debía efectuarse por la Corporación y a su cargo, pero tal aserto no se concuerda ni con la carta de pago del justiprecio, ni con el acta de ocupación que se está refiriendo a los solares "resultantes", actas que firmó de conformidad la propietaria, la que en todo momento, en sus propios escritos reconoce su obligación de derribar (folio 54 del expediente administrativo), oponiéndose a su ejecución por ser físicamente imposible realizarlo de forma aislada, hecho éste, como se ha acreditado en el apartado 9.º del tercer considerando, ha dejado de ser un obstáculo.»

Considerandos del Tribunal Supremo:

«A partir de la lejana fecha de 27 de noviembre de 1974, la apelante viene obligada, en virtud de acuerdo municipal dictado en legítima aplicación del artículo 170 de la Ley del Suelo entonces vigente, hoy 183 del Texto Refundido, a derribar las edificaciones de autos a su costa y la reiterada táctica dilatoria que hasta la fecha ha empleado para eludir su cumplimiento de dicha obligación, nuevamente declarada el 2 de junio de 1978 y 27 de febrero de 1979 por acuerdos municipales, igualmente firmes y consentidos, y expresamente aceptada y reconocida en escritos suyos de 11 de enero de 1975 y 29 de marzo de 1979, no puede obtener en modo alguno el indebido y antijurídico premio de liberarse de la misma a pretexto de una expropiación, fechada por la propia apelante en 13 de mayo de 1981, y ello por la sencilla razón de que esa expropiación, recaída tan sólo sobre los solares resultantes del derribo, en nada afecta ni interfiere en la fuerza vinculante de la obligación contraída con anterioridad a la misma, tal y como declara la sentencia apelada con apoyo en un exhaustivo estudio del debate procesal, cuyo incuestionable acierto y conformidad a Derecho impone a esta Sala la confirmación por sus propios fundamentos.» (Sentencia de 2 de abril de 1985, Sala 4.º, Ar. 1798.)

D) Licencias. Visado colegial. La falta de visado colegial no comporta la nulidad del expediente, pues se trata de un simple control corporativo que no desplaza la competencia decisoria de la Administración.

«No puede confirmarse este pronunciamiento del Tribunal a quo, en cuanto da un tratamiento a esta falta de visado del proyecto técnico, propio de aquellos vicios de procedimiento de carácter esencial, impeditivos del enjuiciamiento de fondo; tratamiento que en este caso es improcedente, puesto

que el visado sólo implica un control de la Corporación profesional, que no desplaza la competencia del órgano de la Administración decisoria, ni limita la libertad de apreciación de los Tribunales, de llegar el caso a su conocimiento

Aún sin tomar en consideración las dudas que cierto sector doctrinal ha tenido, sobre la legalidad de las disposiciones que han venido exigiendo estos visados, por su inferior rango normativo (Decreto 13 junio 1931 y Orden 9 mayo 1940 —Arquitectos— y Orden 6 septiembre 1950 —Ingenieros Industriales—, por ejemplo, ya que la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 los autoriza, a condición de que estén previstos en los respectivos Estatutos); sin embargo, como hemos anticipado en el anterior considerando, resultaría un contrasentido, y una medida totalmente desproporcionada, anular todo un procedimiento administrativo, y el proceso jurisdiccional que le sigue, para cumplir un rito—el visado— cuando éste, se conceda o no, no impide que los interesados actúen de acuerdo con sus pretensiones, ni que la Administración decisoria y los Tribunales se pronuncien en cada caso sin la menor vinculación al parecer de estos Colegios.» (Sentencia de 30 de enero de 1985, Sala 4.º, Ar. 931.)

XII. RECURSO ADMINISTRATIVO

Revisión. Declara la no compatibilidad entre el recurso de revisión administrativo y el recurso contencioso-administrativo, al no ser firme el acto impugnado caso de estar pendiente de resolución judicial.

«El recurso administrativo de revisión es un remedio extraordinario que se concede contra "Actos administrativos firmes", según expresamente establece el precepto legal citado, habiéndose planteado sobre dicho requisito de firmeza una polémica doctrinal en la que se enfrenta la tesis que lo refiere tanto a la vía administrativa como a la procesal y la que entiende únicamente comprendida la primera de ellas para defender la posibilidad de utilizar la revisión administrativa, incluso antes de que transcurra el plazo de interposición del recurso contencioso con posibilidad de elegir una u otra vía de impugnación, pero no utilizarlas simultáneamente, al menos en el supuesto del número primero del artículo mencionado, pues en tal supuesto de error manifiesto que resulte de los propios documentos incorporados al expediente se trata de resolver una cuestión que al no ser sobrevenida es igualmente residenciable en la revisión o en el recurso contencioso y, por tanto, no es justificable la duplicidad de recursos para resolver una misma cuestión en relación con la cual no son válidos los argumentos que algún sector de la doctrina sostiene a favor de la compatibilidad de ambas instancias en los casos sobrevenidos que contemplan otras causas de revisión acogidas en el mismo artículo, y por ello procede aquí mantener la jurisprudencia declaratoria de su incompatibilidad en razón a que el acto recurrido en revisión había sido impugnado antes de su interposición en la vía judicial precisamente por los mismos motivos, y por tanto carecía de la firmeza que exige el repetido precepto legal con la consecuencia de hacer inadmisible tanto su revisión administrativa como la subsiguiente vía procesal por aplicación a ésta de la causa prevista en la letra c) del artículo 82 de la Ley de esta Jurisdicción, la cual sería igualmente aplicable si se considera que, al no haber plazo especial de silencio administrativo en el recurso administrativo de revisión, la desestimación tácita sólo se produce por la previa denuncia de demora que previenen las normas generales del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, en virtud de ello, el incumplimiento de estas normas generales determina que no puede admitirse la producción formal de una desestimación tácita que sea residenciable ante esta jurisdicción.» (Sentencia de 11 de diciembre de 1984, Sala 4°, Ar. 419.)

XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) Carácter revisor. El citado carácter no debe impedir al Tribunal enjuiciar el trazado de un vial por el planificador, pudiendo entrar en el análisis de si el trazado es racional y no arbitrario y si satisface o no el interés colectivo.

«Como consecuencia de este planteamiento, de simple conflicto de intereses, el mismo no le ha permitido basar su pretensión en precepto alguno infringido, en ninguna de las dos instancias procesales, privando a los órganos jurisdiccionales de la base necesaria en que poder apoyarse para satisfacer sus peticiones, dado que nuestro cometido específico es el de ser revisores de la legalidad del acto, y, en este caso, es la propia accionante la que no encuentra la norma supuestamente violada; por ello, de seguir la lógica consecuencia de su planteamiento, éste nos llevaría a sustituir a la Administración en sus competencias específicas, más que a ejercer nuestra propia misión de control de tal legalidad.

No obstante lo dicho, no nos vamos a detener aquí, y a dar por zanjada la controversia con las solas razones expuestas, pues se es consciente de que el carácter revisor de nuestra jurisdicción no debe ser ejercido con una visión tan estrecha, debiendo extender nuestro cometido para redondear nuestro enjuiciamiento, al control de los hechos implicados en el supuesto que nos ocupa, confrontando si el trazo de tan repetido vial es racional y no arbitrario, si satisface mejor el interés colectivo, y si no hay otra forma de atender este interés, descartando toda posibilidad de abuso o desviación de

poder.

Actuando ya dentro de este campo, se comprueba que la Administración se ha encargado de explicar las razones que le movieron para mantener el vial en la forma concebida en el Plan de que se trata (Plan Parcial del Poligono Industrial San Antonio Este III, de Amorebieta), sin incurrir en empecinamiento, puesto que, al resolver las alegaciones presentadas contra el mismo, estimó dos de las tres presentadas por esta empresa.

Las razones administrativas para el mantenimiento de este vial consisten fundamentalmente en que no sólo da servicio y acceso a la parcela de la accionante, sino que, al mismo tiempo, es imprescindible para la distribución del tráfico de todo el Polígono, basado en una estructura circular de una

sola dirección.

Si no es recomendable su supresión, tampoco lo es su desplazamiento al lugar propuesto por tan aludida empresa, puesto que implicaría la invasión del área de protección del río Ibaizabal, destinada a esparcimiento de la población, destruyendo el arbolado que lo rodea, con el consiguiente daño ecológico.» (Sentencia de 13 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 1027.)

B) Legitimación. A la luz del artículo 24.1 de la Constitución, se reconoce el interés legítimo de una asociación para impugnar una disposición general en defensa de los intereses particulares de sus asociados.

«Opuesta por la Abogacía del Estado la causa de inadmisibilidad por presunta falta de legitimación activa, acogida en el artículo 82.b), en concordancia con el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, ha de rechazarse por cuanto, aunque la Asociación recurrente no sea personalmente sujeto pasivo del Impuesto regulado por el Decreto aquí impugnado, es lo cierto que, acogiendo en su seno como miembros asociados a quienes pueden serlo, está investida la corporación que atiende a la protección de sus intereses profesionales le-

gítimos (art. 7 de los Estatutos) y a su representación en juicio y fuera de él (art. 30 de los Estatutos) de esa legitimación activa amparada por el artículo 24.1 de la Constitución, que al exigir tan sólo interés legítimo y no directo, ha ensanchado el cauce procesal del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional como tiene ya consagrado doctrinalmente la jurisprudencia (sentencias 3-7-1979 y 6-10-1984), sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.» (Sentencia de 20 de marzo de 1985, Sala 3.º, Ar. 1419.)

C) Recurso de apelación. Las excepciones a la regla general de la apelabilidad —por ejemplo, en materia de personal— deben ser interpretadas siempre con criterio restrictivo, y con más razón a partir de la Constitución de 1978. El acuerdo relativo a la prestación del Capital Seguro de Vida es sólo una incidencia en la relación funcionarial y, por tanto, es apelable la sentencia que a él se refiere.

«Tampoco puede tener favorable acogida la cuestión suscitada por el Ayuntamiento de Badajoz sobre la indebida admisión de la apelación interpuesta, pues aun prescindiendo de que a tenor de lo establecido en el apartado 2 del artículo 100 de la Ley Jurisdiccional, tal alegación debió suscitarla en el escrito personándose el Ayuntamiento como apelado presentado en 5 de marzo de 1982 ante la Sala Cuarta de este Tribunal ante la que en aquella fecha pendía esta apelación, para que la Sala le diese la tramitación allí prevista y resolviese por medio de auto lo que fuese procedente, lo cierto es que por tratarse también de una cuestión de procedimiento, aunque extemporáneamente formulada, puede y debe ser examinada de oficio por esta Sala para desestimarla, en razón a que si bien el tema de este proceso es una incidencia o desviación de una relación funcionarial entre el causante don Francisco T. E. y el Ayuntamiento de Badajoz, lo real y ciertamente controvertido es la determinación de a quién corresponde satisfacer la prestación del Capital Seguro de Vida, que por transcender de la estricta materia de personal conlleva el que se estime el que la apelación, en este caso, resulte procedente, ya que las excepciones a la regla general de la apelabilidad, y con más razón a partir de la Constitución de 1978, deben ser interpretadas siempre con un criterio restrictivo.» (Sentencia de 11 de abril de 1985, Sala 5.°, Ar. 1708.)

D) Procedimiento especial de la Ley 62/1978.

1. Declaración de inadmisibilidad. El error en el planteamiento de la acción por la vía de la Ley 62/1978 no debe dar lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso, sino que el Tribunal, de oficio, debe remitir las actuaciones al procedimiento correcto.

«Sin embargo, la tesis de dicha Sala quiebra no en su planteamiento, sino en la conclusión a que llega: la inadmisibilidad del recurso; y quiebra porque, como se proclamó en una vieja sentencia de la Sala 1.º de este Alto Tribunal, es más fuerte el derecho que ampara a los litigantes que el error en la acción; máxime cuando nos movemos dentro de los confines de una Ley Procesal tan espiritualista y progresista como es la reguladora de nuestra Jurisdicción.

Desarrollándose el proceso a través de la actuación de un órgano competente, y de un procedimiento predeterminado, señalados ambos por normas de derecho necesario —ius cogens—, la filosofía de nuestra ley es la de

que no esté a merced de las partes el poder subvertir este mecanismo, alterando la estructura y el funcionamiento de sus piezas esenciales, pero compatibilizando este principio con la obligación asignada a nuestros Tribunales de reconvertir una competencia o un procedimiento erróneamente elegido por un litigante, abriendo de oficio el adecuado, y evitando con ello la situación a que llega en este caso el Tribunal a quo: la inadmisibilidad del recurso, puesto que ésta no representa otra cosa que el fracaso total e irremediable de lo que es la razón de ser de la institución procesal: el camino que conduce a la realización de la justicia.

Lo expuesto tiene una plasmación positiva en el artículo 8 de la citada Ley Jurisdiccional, respecto de la competencia, al establecer que la misma no será prorrogable, y podrá ser apreciada de oficio, por los Tribunales de lo Contencioso, previa audiencia de las partes (núm. 2 de dicho artículo), pero, a la vez, en el núm. 3 del mismo artículo, previendo la incompetencia del Tribunal elegido, tal situación no la resuelve con la solución de la inadmisibilidad del recurso, sino imponiendo la obligación al mismo de remitir las actuaciones al que sea competente, "para que siga ante él el recurso de los autos".

En el caso de autos, aunque el problema no sea de competencia, sino de procedimiento, el remedio tiene que ser idéntico, porque se impone la aplicación del apotegma de que donde existe la misma razón, igual debe ser la solución aplicable, que es la base del principio de analogía, asumido positivamente por el Código Civil (art. 4.1, Título Preliminar).

Por lo expuesto, procede revocar el auto que nos ocupa, por contrario a Derecho; debiendo la Sala competente de la Audiencia Territorial de Barcelona seguir el procedimiento por los trámites del ordinario de nuestra Ley Jurisdiccional, empezando por requerir al accionante para que formule el pertinente recurso de reposición, de conformidad con lo reglado en el artículo 129.3.º de esta Ley; recurso innecesario en el proceso especial ejercitado por el recurrente.» (Auto de 22 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 1225.)

2. Cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Supremo entiende que en un proceso dirigido expresamente a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales no puede promoverse una cuestión de inconstitucionalidad.

«Interesado en primer término por los recurrentes, el planteamiento al Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria séptima de la Ley 11/1983, de 25 de agosto —Ley Orgánica de la Reforma Universitaria-, lo que habría de tener su fundamento en lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que desarrolló, a su vez, las normas del artículo 163 de la Constitución, interesa dejar constancia que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 11 de junio de 1981, define dichas cuestiones y perfila cuál sea la naturaleza y ámbito de la misma, al decir "que no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación que tienen al estar sometidos a la Ley y la Constitucionalidad"; con lo que se significa que la cuestión de inconstitucionalidad no tiene, ni puede tener, otro sentido que el de esa prerrogativa que al órgano judicial le viene conferida cuando al Tribunal competente o al juez le surja la duda en torno a la constitucionalidad de una Ley de decisiva influencia para poder dictar el fallo pertinente en el proceso en que tal incidencia surgiera, y habida cuenta que este planteamiento se hace precisamente en proceso promovido al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales de la persona, es decir, sobre cualquiera de los derechos a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución en la remisión que

hace al artículo 14 y Sección Primera del Capítulo Segundo, habrán de ser estos derechos los supuestamente afectados por la cuestión de inconstitucionalidad, o de otra forma dicho, la Ley sobre cuya validez se especula por contraria a la Constitución ha de referirse, de manera concreta e inequívoca, a los derechos fundamentales cuya protección se interesa en el recurso en el que se plantea esta cuestión de inconstitucionalidad, planteamiento que, en relación con este proceso de la Ley 62/1978, ha visto comprometidas sus posibilidades cuando en la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 1984 se declara "que fácilmente se aprecia una incorrección jurídica procesal de la vía seguida por los demandantes; en efecto, lo contemplado en estos últimos preceptos -arts. 35 y siguientes de la Ley Orgánica de 3 de octubre- es el caso de que un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de Ley aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, pero lo que no se contempla en dichos preceptos es que, en un proceso dirigido expresamente a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por determinados artículos de la Constitución, se pida a la Sala que promueva una cuestión de inconstitucionalidad de un Real Decreto-ley ante el Tribunal Constitucional, pues de este planteamiento resulta claro que lo ahora promovido es una acción de inconstitucionalidad inserta indebidamente en este recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para lo que obviamente carece de competencia".» (Sentencia de 12 de marzo de 1985, Sala 3.4, Ar. 1204.)

XIV. RESPONSABILIDAD

A) Daño indemnizable. Alteraciones psíquicas. Son indemnizables los daños derivados de las perturbaciones anímicas sufridas por un ciudadano a consecuencia de la regulación del tráfico urbano, que obliga a una constante circulación de camiones pesados junto a la vivienda de aquél.

«La misma solución estimatoria debe adoptarse, en virtud del mismo fundamento legal antes citado, en relación con la petición de la demandante de que le sea señalada indemnización por los daños, que ella llama morales, experimentados a consecuencia del padecimiento sufrido por la sensación de constante peligro que para la estabilidad del edificio y vida de sus ocupantes provocaba la ordenación de la circulación urbana, en particular de pase de vehículos pesados, por el callejón Mazterreca, que el perito judicial, médico psiquiatra, don Jesús M.º A., consideró respondían "a dicha causa directa (etiología clínica)", y que en su exploración llegó a objetivar como "facies tensa —en la del señor B.—, mirada sostenida y fija y aspecto de aparentar más años de los que manifestó —59—". Perjuicios que son indemnizables, a pesar de su carácter no material, puesto que al ser susceptibles clínicamente, y estar causalmente relacionados con una actividad municipal, han de merecer idéntica justificación que los puramente morales cuya indemnización admite la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo -sentencias de 29 de febrero de 1972, 12 de marzo de 1975 y 4 de diciembre de 1980-, en aplicación del artículo 133, p. 1.º, REF, al ser evaluables económicamente mediante la producción de un efecto beneficioso compensatorio, establecido en consideración al pago de una cantidad de dinero, que la Sala estima, para el caso de autos, dadas las contrapuestas posturas de las partes, en 500.000 pesetas. Siendo la lógica consecuencia de lo argumentado, para que se produzca el cese de esa situación de padecimiento personal de la actora, que también se da acogida en la sentencia a la pretensión dirigida a obtener una declaración que imponga al Ayuntamiento de Vergara la adopción de medidas que impi-

dan el paso de vehículos pesados por el callejón Mazterreca, que claramente no reúne las condiciones adecuadas para el normal tránsito de tales vehículos, y cuya persistencia está en la actualidad absolutamente falta de justificación, pues el propio Ayuntamiento admitió en la certificación de 12 de mayo de 1982, acompañada a la contestación a la demanda y en el inciso final, del fundamento legal 1,b) de dicha contestación, que a partir del 18 de diciembre de 1981, con la inauguración de la nueva variante, el problema del tráfico en Vergara ha quedado notablemente aliviado; llegando a decir en el informe aportado como prueba al juicio, de fecha 25 de junio de 1982, que desde aquella inauguración "quedó eliminado el tráfico rodado" en la travesía y lugar cuestionado.

(...)

En cambio, procede mantener la indemnización fijada por la Sala Territorial en relación con los perjuicios personales sufridos por la actora y que tienen su causa generadora en la regulación del tráfico de vehículos pesados por el callejón de Mazterreca —y no en el hecho antes contemplado, como erróneamente arguye la parte apelante tratando de ampliar los motivos de oposición a este pedimento-, con sólo dar por reproducidos los acertados razonamientos en la sentencia impugnada; y es que tales perjuicios cabe, efectivamente, anudarlos al cambio de itinerario de la travesía de la carretera de Placencia a Vitoria, que obliga a los vehículos de grandes dimensiones a realizar difíciles y peligrosas maniobras por la incidencia del trazado en ángulo recto de las calles Mazterreca y Zubieta en su confluencia, a través del referido callejón, en el Paseo de Bide-Berri (el acta de reconocimiento judicial es expresiva al respecto); de otro lado, la indemnización establecida responde a unos perjuicios reales, puestos de relieve por la prueba pericial médica, correctamente apreciada en la sentencia impugnada, en la que se pone de relieve que las alteraciones físicas y psíquicas sufridas por la recurrente, y objetivadas en la exploración clínica, tienen su causa en la "apertura total" al tráfico de dichas vías junto a la "casa-habitación" de aquella, perjuicios que además de efectivos son individualizados y susceptibles de evaluación económica, aunque escapen al concepto de daños patrimoniales, ya que también son indemnizables los derivados de perturbaciones anímicas -sentencia de 2 de febrero de 1980-; sin que, finalmente, quepa argüir para eludir el pago de la indemnización que la desviación del tráfico por el callejón de Mazterreca no ha sido una solución caprichosa, sino ineludible, aunque provisional y transitoria, como pone de relieve el informe de la Jefatura Provincial de Carreteras obrante al folio 12 del expediente, porque en nuestro sistema de responsabilidad patrimonial (art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa) la Administración Pública, en todas sus esferas, está obligada a indemnizar cualquier lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, aunque sea consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos, siempre que, como en el caso se enjuicia, el perjuicio sufrido por el administrado sea individualizado y concreto y exceda de lo que puedan considerarse cargas comunes de la vida social.» (Sentencia de 9 de abril de 1985, Sala 4.º, Ar. 1802.)

B) Determinación del sujeto responsable. La Administración Central, contratante de unas obras con destino a un servicio público municipal, es la responsable de los daños causados por estas obras antes de su recepción definitiva por el Ayuntamiento, aunque éste hubiera ya puesto en funcionamiento el servicio.

«Concurriendo, como hemos dicho y admiten las dos Administraciones demandadas, los requisitos del daño y nexo causal material, impuestos por la doctrina del Tribunal Supremo —entre otras, sentencias de 12 de marzo y

27 de septiembre de 1979, 5 y 12 de febrero de 1980— para la exigencia de la indemnización por aplicación del principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el problema litigioso queda reducido a determinar en qué esfera administrativa, Central o Local, se encontraba la red de alcantarillado de Alquerías en el momento de producirse los daños cuyo resarcimiento se pretende, debiendo de prescindirse, en consecuencia, por análogas razones a las expuestas respecto al contratista ejecutor de las obras, de cualquier matiz de actuación culposa imputable a una u otra Administración demandada (falta de comprobación por parte del Ayuntamiento de Murcia de los defectos existentes en la obra o de su denuncia a la Confederación Hidrográfica del Segura durante el período de garantía; abandono por el Ministerio de Obras Públicas de su deber de control de los mismos con la improcedente admisión definitiva de las obras, etc.), que podrían generar una responsabilidad in vigilando, que como tal excedería del ámbito de la acción indemnizatoria ejercitada, desvirtuando su auténtico contenido y finalidad al imponer al perjudicado -como aquí ha ocurrido- la carga de la búsqueda de un culpable, con el planteamiento de un problema que, al igual que sucede con el de la posible responsabilidad de la Empresa contratista, unicamente puede resolverse, reparado el daño causado, mediante el ejercicio de las acciones correspondientes de repetición frente al reputado culpable por quien estime ha indemnizado indebidamente.

Sentado cuanto antecede, se llega a la obligada conclusión de que la responsabilidad de los daños causados corresponderá a quien en el momento de su producción tuviera a su disposición la obra cuya defectuosa ejecución los produjo y que, dadas las especiales circunstancias concurrentes en el presente supuesto, no puede ser más que la Administración Central contratante de las obras, en cuanto, como la misma reconoce reiteradamente a lo largo del procedimiento y expresamente en las resoluciones impugnadas, aún no había hecho entrega del alcantarillado viciado al Ayuntamiento de Murcia, constituyendo su puesta en funcionamiento por éste una actuación "unilateral" no autorizada (sin autorización de la entidad contratante de las obras, según dice el Resultando 2 y Considerando 3 de la resolución de 31 de diciembre de 1981), y cuya disponibilidad resulta, además, de la afirmación municipal —no impugnada— de que (folio 46 del expediente) en junio de 1981 -superados los tres años desde la recepción definitiva de las obras, en 14 de febrero de 1978, y casi seis después de la provisional (11-XI-75)— el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo procedía a la nueva construcción de la red de alcantarillado y reestructuración de los colectores principales con un nuevo pozo de bombeo de aguas residuales en la Plaza de la Oliva, donde precisamente se encuentra el edificio dañado. Por todo ello es evidente que el Departamento de Obras Públicas, como órgano proyectista, contratante y director en la ejecución de unas obras no entregadas a su destinatario, no sólo tenía su titularidad legal, sino que disponía de hecho y de derecho de las mismas, aunque compartiese su disponibilidad material con el Ayuntamiento, si bien éste a nombre de la Administración Central, respondiendo, en consecuencia, objetivamente, por el mero hecho de esa titularidad, de cuantos daños pudieran derivarse de ellas; siendo totalmente rechazable su pretensión de desplazar al Ayuntamiento de Murcia la obligación de resarcimiento, basándose en un concepto de culpa, como vimos, incompatible con la naturaleza de la acción ejercitada por los actores y que, por otra parte, resulta manifiestamente contradictoria con el argumento legal en que intenta fundar la obligación indemnizatoria del municipio, que parte (Considerando 4) de ser la entidad local "la titular de hecho y de derecho del servicio que ha producido el dano", lo que únicamente podría tener validez si este servicio estuviera legalmente a su cargo por haber pasado la actividad administrativa de su esfera a la municipal por la entrega legal de las obras, pero nunca cuando tal transferencia se debe, según la Administración Central, a una actuación antijurídica.»

Considerandos del Tribunal Supremo:

- «La valoración razonable de la prueba practicada, y que la sentencia apelada contiene a lo largo de los Considerandos 4 y 5, conduce a estimar acreditada en este caso la efectividad del daño, unido a la concurrencia de las notas de medible e individualizado y carente de causas de justificación, por lo que la declaración estimatoria que la sentencia contiene es ajustada a Derecho en cuanto consta acreditado que la lesión o daño patrimonial es consecuencia inexorable o directa del hecho determinante (anormalidad constructiva y de funcionamiento del servicio de alcantarillado en la zona de autos, etcétera), no cuestionado realmente, limitándose la polémica a determinar cuál sea el sujeto pasivo o Administración responsable (la estatal, como responsable de la obra de construcción a través de la respectiva Confederación Hidrográfica, o el Ayuntamiento de Murcia, como titular de la explotación, conservación, etc.). A tal efecto, y aunque se acepten como fechas de las recepciones provisional y definitiva de las obras en el núcleo de las Alquerías (Murcia) el 11 de julio de 1978 y 5 de febrero de 1980 (según la certificación de 7-10-82), tal dato no altera la imputación de responsabilidad que la sentencia contiene, dado que en el expediente también consta que el servicio comenzó a funcionar en los últimos meses de 1979 y los daños se manifestaron en el edificio de autos (folios 2, 87, 88 del exp.) en los primeros días de enero de 1980, antes de la recepción definitiva, y sin que, por otra parte, conste que el Ayuntamiento realizase o dirigiese las obras complementarias de "acome-tidas" ni puesto en funcionamiento la red del alcantarillado de Alquerías. Por otra parte, como sostiene el Ayuntamiento, es lógico que la puesta en funcionamiento sea requisito indispensable para que comience el período de garantía de la obra (art. 54 de la Ley de C. y 170 del Reglamento), y por ello en tal periodo mal puede el Ayuntamiento responder del funcionamiento del servicio y del daño por cualquier anormalidad, ya que la traslación de riesgos (responsabilidad) a la Administración contratante no se produce hasta que terminado el plazo de garantía (previa la recepción provisional) se produzca. en forma legal, la recepción definitiva. Asimismo, refuerza tal conclusión el hecho de que la propia Administración estatal reconstruyó enteramente el tramo de red (reestructuración de los colectores principales, nuevo pozo de bombeo en la Plaza de la Oliva, en que radica el edificio dañado) en que se produjo el daño, sin duda debido a las filtraciones o escapes de las aguas fecales por defectos constructivos que también se reconocen y que se asume, además, su reconstrucción o puesta a punto.» (Sentencia de 1 de abril de 1985, Sala 4.", Ar. 1784.)
 - C) Relación de causalidad. No se rompe de forma automática por la conducta ilícita de la víctima. Sólo la continuada ilicitud que se interfiera en el funcionamiento del servicio convertirá la lesión en un daño soportable.

«El proceso de objetivación de la responsabilidad patrimonial del Estado ha transformado, como dice la sentencia de la Sala 4.º de 6 de marzo de 1979, la doctrina desde la teoría de la culpa a la idea del riesgo, centrando y fundamentando dicha responsabilidad en el concepto de lesión y no en el de la conducta dolosa o culposa del sujeto agente, y de la misma manera ha de expresarse que, por virtud del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, es al Estado al que corresponde soportar el riesgo patrimonial del funcionamiento normal de los servicios públicos, y a estos efectos no es necesariamente relevante el que la persona perjudicada contribuya en algo con su conducta al riesgo creado.

No basta un arranque ilícito de la conducta para liberar de antijuridicidad el resultado dañoso, sino que es preciso que aquélla, en continuada ilicitud, afecte al propio funcionamiento, se interfiera en el mismo y provoque como consecuencia natural una situación que, en este caso y sólo en este caso, tendría la obligación moral y jurídica de soportar el que la determina, y haciendo aplicación de esta doctrina al hecho enjuiciado se obtiene que la sustracción anterior de un vehículo y la huida ante la fuerza pública para no ser identificados no es causa directa que se introduzca en el hecho de disparar la Guardia Civil, si bien con funcionamiento del servicio público, ni hay proporción entre el resultado producido, la muerte de una persona, y la conducta de ésta, aunque venga viciada por un origen antijurídico.» (Sentencia de 4 de febrero de 1985, Sala 4.º, Ar. 986.)

Tomás Font I Llovet Joaquín Tornos Mas