

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Reglamento*: 1. Reglamento independiente en materia organizatoria. 2. Dictamen del Consejo de Estado. No es preciso en caso de derogación de una norma y restablecimiento de la vigencia de la anterior. B) *Acuerdo Nacional de Empleo*. Carece de naturaleza normativa. C) *Derecho supletorio*. El derecho estatal no queda petrificado como derecho supletorio del derecho autonómico.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Motivación*. Obligación de motivar en caso de apartarse de la propuesta del órgano técnico. B) *Suspensión*. Acto negativo.—III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: *Control de la discrecionalidad técnica*.—IV. CONTRATOS: *Comunidades Autónomas*. Carecen de competencias para establecer un sistema de clasificación de contratistas.—V. COMUNIDAD AUTÓNOMA: *Contratación*. *Competencias*.—VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía local*. *Doctrina en recurso de revisión sobre impugnación de disposiciones generales de ámbito estatal*. B) *Provincia*. *Doble naturaleza*. C) *Intereses de demora*. *Inaplicabilidad de la LGP*.—VII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: *Reales Academias de Medicina y Cirugía*.—VIII. SERVICIO PÚBLICO: *No es obligatoria la subrogación del adjudicatario con relación al personal que venía prestando el servicio*.—IX. DOMINIO PÚBLICO: *Se requiere concesión demanial para construir un garaje que ocupa el subsuelo de un espacio de titularidad pública*.—X. MARCAS: *Denominación geográfica*. *Euzkadi*.—XI. LIBERTADES: *Derecho a la tutela judicial efectiva*. *Si la norma determina que contra una resolución no cabe recurso alguno, debe entenderse que no cabe recurso administrativo, pero sí jurisdiccional*.—XII. SANCIONES: *Proporcionalidad*.—XIII. URBANISMO: A) *Gestión*. *Cesión del 10 por 100 una vez aprobada la reparcelación*. B) *Intervención en la edificación*. *Órgano municipal competente*.—XIV. RECURSO ADMINISTRATIVO: A) *Alzada*. *La falta de interposición del recurso de alzada puede ser obviada si el asunto ha llegado a conocimiento del Tribunal competente y existe constancia de que la Administración lo desestimarán*. B) *Reposición*. *La falta del correspondiente recurso puede ser subsanada por el Tribunal que conoce del asunto*. C) «*Solve et repete*». *Se declara la inconstitucionalidad de este principio*.—XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Legitimación*: 1. *Defensa de intereses legítimos*. 2. *Recurso de revisión*. *Impugnación de disposiciones de ámbito estatal por entes municipales*. B) *Inadmisibilidad*. *Derogación del artículo 82, a), de la LJCA por el artículo 24, 1, de la Constitución*. C) *Sentencia*. *Carácter personal de la ejecutoria, lo que comporta un plazo de prescripción de dicha acción de quince años*.—XVI. LEY DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA: *Admisibilidad del recurso*. *Basta con un planteamiento razonable de que existe violación de un derecho fundamental*.—XVII. RESPONSABILIDAD: A) *Relación de causalidad*. *No la rompe la asunción voluntaria del riesgo del servicio público por el lesionado*. B) *Cuantía*: 1. *No cabe incluir el lucro cesante de una actividad ilícita autorizada*. 2. *No pueden incluirse los honorarios para la defensa en juicio*. C) *Terrorismo*. *Delimitación del alcance de la responsabilidad estatal*.

I. FUENTES

A) *Reglamento.*

1. *En materia organizatoria cabe el reglamento independiente, de conformidad con los artículos 97 y 106 de la Constitución.*

«Esta facultad reglamentaria comprende la elección por la Administración de las medidas que, a su juicio, sean más adecuadas para el cumplimiento de sus fines y la de modificar o revocar las disposiciones que entiende han quedado obsoletas para alcanzar los objetivos marcados; es obvio que tales disposiciones no pueden vulnerar la Ley —el bloque de legalidad—, mas para el éxito de la acción de impugnación es preciso que se acredite la infracción de algún precepto de rango superior, sin que valgan descalificaciones genéricas que pugnan con la posición procesal de demandante en un proceso contradictorio y, como ha quedado expuesto anteriormente, con la presunción *iuris tantum* de legalidad en el actuar de la Administración; cuando se trata de la potestad organizatoria o de relaciones de sujeción especial, la Administración no necesita de una previa habilitación legal, puesto que en el vigente Derecho español el Consejo de Ministros y estos mismos tienen atribuida una potestad reglamentaria distinta de la mera ejecución de las Leyes —artículos 97 y 106 de la Constitución y 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, no siendo ejecutivos de las Leyes aquellos Reglamentos dictados en ejercicio de esa potestad reglamentaria genérica; en el caso de autos no se cita precepto alguno de la Ley 55/78 que estimen infringido, ni del examen de su texto ha podido apreciarse tal infracción; junto a esa potestad reglamentaria genérica, el examen de la Ley 55/78 pone de manifiesto que reconoce diversas competencias al Consejo de Ministros y al Ministro del Interior en sus artículos 6, 12.2 y 14.3, Disposiciones Adicionales Segunda, Tercera y Cuarta, y Disposiciones Transitorias Cuarta y Quinta, y como el Real Decreto 2521/82 no tiene la cualidad de norma delegada ni agota la remisión que la Ley 55/78 hace al Gobierno y al Ministro del Interior para desarrollar reglamentariamente su contenido, no puede admitirse que el Real Decreto 758/83 esté subordinado al R. D. 2521/82 y no pueda derogarlo, lo que supondría su degradación a disposición general de inferior rango.» (*Sentencia de 19 de junio de 1985, Sala 5.ª, Ar. 3146.*)

2. *Dictamen del Consejo de Estado. No es preciso cuando se deroga una norma y se restablece la vigencia de otra que regía con anterioridad, pues no se introduce ninguna norma nueva.*

«Subsanado, por consiguiente, uno de los defectos denunciados y puesto de manifiesto el carácter de meros errores materiales de los dos restantes, es oportuno examinar las razones en que se basa el recurso, en primer lugar el vicio formal de que, según la entidad demandante, adolece el Real Decreto impugnado por no haberle precedido, como al que por él se deroga, la audiencia de la Comisión Superior de Personal y el dictamen del Consejo de Estado, argumento inaceptable porque *si bien es cierto que el artículo 22.3 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980 de dicho Consejo ordena que su Comisión Permanente sea consultada en la elaboración de los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como en sus modificaciones, supuesto en el que la variación del contenido de la norma, lógicamente, también requiere tal informe, ha de entenderse éste innecesario cuando simplemente se deroga la disposición y se restablece la vigencia de la que regían con anterioridad, puesto que con ello no se introduce en el or-*

denamiento una norma que no haya cumplido el indicado requisito; aparte de que los artículos 18 y 22 de la Ley de 7 de febrero de 1964, invocados por la actora, no determinan por sí la precisión de aquella audiencia en este caso.» (Sentencia de 9 de septiembre de 1985, Sala 4.ª Ar. 4283.)

- B) *Acuerdo Nacional de Empleo. Carece de naturaleza normativa y únicamente produce efectos en la medida en que se incorpora su contenido a los Convenios Colectivos.*

«Por tanto, el núcleo de la cuestión debatida es el de la validez y legalidad del citado segundo requisito, y en relación con esta particular cuestión hemos de sentar que el Acuerdo Nacional sobre el Empleo (ANE), de 9 de junio de 1981, no tiene naturaleza normativa ni eficacia general personal imperativa y automática, sino que requiere que su clausulado se acepte y sea expresamente recibido en los convenios inferiores que se celebren; recepción en convenios colectivos de trabajo que habrá de producirse a requerimiento de las centrales de trabajadores y empresarios firmantes del Acuerdo. Y, precisamente, la presencia del Gobierno en el ANE, no como empleador, sino como coadyuvante de los negociadores, y que procedimentalmente no se ajustase a las formas exigidas por el Estatuto de los Trabajadores —ni siquiera llegó a publicarse en "Boletín Oficial" alguno—, excluye al mismo de la consideración de Convenio Colectivo, según el artículo 83 de dicho Estatuto, debiendo ser calificado por su estructura, al constituirse como parte integrante el Gobierno, de pacto social, lo que le priva de eficacia aplicativa directa ante la autoridad laboral y los Tribunales, que es, en cambio, lo que hace la Dirección General de Trabajo en su resolución dictada en vía dealzada el día 16 de octubre de 1981, y objeto de revisión jurisdiccional, la cual, por las razones expresadas, procede estimar como no ajustada al ordenamiento jurídico en el extremo combatido y declarar nula su condición o requisito segundo.» (Sentencia de 10 de julio de 1985, Sala 3.ª, Ar. 4019.)

- C) *Derecho supletorio: el derecho estatal como derecho supletorio del derecho propio de las Comunidades Autónomas no puede entenderse petrificado en un determinado momento histórico, sino que debe entenderse como tal el que se encuentre en vigor en el momento en que deba ser aplicado.*

«Antes de entrar en el análisis pormenorizado de la motivación en que se apoya el recurso de apelación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona con fecha 28 de abril de 1983, desestimatoria de la impugnación formulada por aquélla —al amparo de lo establecido en el artículo 8.º de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, en relación con su disposición final 5.ª— contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Tarragona el 13 de enero de 1983 sobre aprobación definitiva de tres Planes Especiales de Reforma Interior del Centro Histórico-Parte Alta de dicha capital, conviene que dejemos constancia de una primera idea que estimamos básica para la resolución del presente recurso; concretamente, que *el artículo 149.3 "in fine" de la Constitución contiene una cláusula de suplencia general del derecho estatal en las relaciones de integración entre este ordenamiento y los ordenamientos propios de las Comunidades Autónomas, como expresión del principio de que el Derecho del Estado es el Derecho general o común, en tanto que los distintos Derechos autonómicos son Derechos especiales que pueden verse precisados de la suplencia; de ese Derecho común, como expresamente viene reconocido por el artículo 26.2 del Estatuto de Au-*

tonomía de Cataluña para las materias de la competencia exclusiva de la Generalidad, y entre las que se comprenden —en lo que aquí interesa— las relativas a la ordenación del territorio y urbanismo, a tenor del artículo 9.9 de dicho Estatuto; por consiguiente, *si el derecho estatal, como derecho de segundo grado de las Comunidades Autónomas, o, lo que es igual, como derecho supletorio diferenciado del derecho propio de las mismas, no supone una incorporación de la legislación estatal a los ordenamientos autonómicos, por cuanto su aplicación no se produce por entrar a formar parte de tales ordenamientos, sino en razón de su supletoriedad reconocida en la Constitución —y, además, en lo que hace al caso, en el artículo 26.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña—, para dar respuesta a los posibles vacíos normativos derivados de la sucesión de ordenamientos que la autonomía legislativa implica —y en esto coincidimos con la argumentación propugnada por la propia Generalidad—, la conclusión lógica es que el derecho estatal como derecho supletorio del derecho propio de las Comunidades Autónomas no puede entenderse petrificado en un determinado momento histórico, sino que debe entenderse como tal el que se encuentre en vigor en el momento en que deba ser aplicado.» (Sentencia de 29 de abril de 1985, Sala 4.ª, Ar. 2881.)*

II. Acto

- A) *Motivación: obligación de motivar en los casos en los que el órgano que resuelve se aparta de la propuesta del órgano técnico.*

«A pesar de todo lo dicho, queda aún la posibilidad de que el órgano que tiene la prerrogativa del nombramiento, o de la adjudicación, pueda separarse de la propuesta del órgano técnico, o semitécnico; mas como con ese apartamiento se establece una excepción a lo que, por naturaleza, viene siendo normal, es lógico que para que esto ocurra deben concurrir circunstancias especiales que lo justifiquen y que ello se explique suficientemente, lo que debe tener lugar en la motivación del acto en que tal desviación se produzca, para que los interesados conozcan el por qué de la decisión y para que, si la misma no les convence, puedan utilizar las vías impugnativas legales con conocimiento de causa.

Lo dicho justifica, pues, la necesidad de la motivación del acto, que, en estos supuestos, es algo más que una simple formalidad, por lo que explica la exigencia mantenida en el apartado c) del número 1 del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, exigencia que es aún mayor en el supuesto litigioso, por ser más trascendente separarse de una propuesta como la efectuada aquí por el tan repetido Jurado que apartarse de un mero dictamen, por muy cualificado que sea el órgano que lo emita.» (Sentencia de 19 de junio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 4147.)

- B) *Suspensión. Acto negativo. Se niega la suspensión al no alterar los beneficios del acto impugnado.*

«Dado que en la presente pieza separada sólo se discute la cuestión concreta de la suspensión de un acto administrativo, se hace difícil argumentar sobre el adecuado uso del procedimiento establecido en la Ley 62/78 en el caso que examinamos; pero, sin duda, salta a la vista que lo que se pretende es que se deje en suspenso una Resolución que niega la adjudicación de una plaza en comisión, es decir, que no produce ninguna alteración en la situación jurídica funcional del recurrente al tiempo de ejercitar la petición, y, por tanto, no se comprende qué perjuicios irreparables se han de producir si no se suspende la ejecución de la resolución administrativa, ya que, suspendida

o ejecutada, la solución es la misma: la no adjudicación de la plaza en comisión; a menos que por el recurrente se pretenda que la plaza solicitada de inmediata convocatoria no se adjudique a nadie, en tanto se tramite la pieza principal.» (*Auto de 5 de junio de 1983, Sala 3.ª, Ar. 3172.*)

III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Discrecionalidad técnica. Los juicios técnicos del Tribunal calificador no quedan excluidos de la revisión judicial, pues ello violaría el contenido del artículo 24.1 de la Constitución. El juicio del Tribunal calificador debe equipararse a los dictámenes periciales no vinculantes.

«La sustancial aceptación aquí hecha de las consideraciones que amparan el fallo desestimatorio del recurso contencioso-administrativo, requiere matizar la afirmación en aquéllas contenida referente a remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador en cuanto que compuesto por especialistas en la materia, pues entendida dicha afirmación en su sentido literal conduciría a la incorrecta conclusión de sometimiento del juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, lo que en el nivel pragmático implicaría claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución, al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador, tanto en el orden cualitativo del encuadramiento de las especialidades médicas como en el cuantitativo de puntuación con referencia a los méritos de los concursantes; razones que inducen a atribuir a la afirmación de precedente cita el sentido de apreciación jurisdiccional de suyo análoga (art. 4.º-1 del Código Civil) a la de los dictámenes periciales no vinculantes para el juzgador y sometidos a la sana crítica de conformidad con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, en un nivel o campo de planteamiento de estas cuestiones estructurado por la lógica y asequible al principio jurídico de "non liquet", ajeno y excluyente del sometimiento del Tribunal a apreciaciones técnicas del Tribunal calificador que llenaron un vacío normativo; antes bien, tales apreciaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar para que, en definitiva, el juzgador pueda pronunciarse en valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos; sin posibilidad de confundir, por lo tanto, valoración del conjunto de las pruebas con sujeción de la Sala de justicia a juicios técnicos, procedan éstos de órganos de la Administración demandada o bien del recurrente en su también calidad de técnico, ya directamente o a virtud de documentos o dictámenes aportados o que hubiere podido aportar al proceso.» (*Sentencia de 2 de abril de 1985, Sala 4.ª, Ar. 2854.*)

IV. CONTRATACIÓN

Comunidades Autónomas. Competencias. Se declara la incompetencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer un régimen propio de clasificación de contratistas.

«Legislación básica, o, sinónimamente, bases del régimen jurídico sobre contratos y concesiones administrativas, a efecto de lo dispuesto en el artículo 149-1-18.º de la Constitución, han de ser las disposiciones más importantes de las que constituyen su regulación normativa y que componen por ello su

contenido fundamental o primordial. A este efecto advierte la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Estado, con posterior texto articulado, que la selección adecuada de los contratistas constituye una de las metas perseguidas por la Ley, y resalta dos medidas que califica expresamente de fundamentales: una, romper el viejo sistema que otorgaba a la subasta el primado absoluto como forma de contratación, y otra, el establecimiento de un Registro de Contratistas, que implica en su misma razón de ser la previa clasificación de aquéllos en función de su idoneidad técnica y financiera. Partiendo de esa concepción, el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, destina todo el Título primero de su Libro II, dividido en dos capítulos, a la clasificación y registro de los empresarios contratistas de obras y de suministros, con lo que pone de manifiesto que la regulación de esa clasificación y registro es realmente una de las metas o finalidades esenciales de la Ley, y tiene el carácter fundamental que le atribuye la referida Exposición de Motivos; siendo, por consecuencia, una de las bases sobre las que se estructura el régimen jurídico regulador de la contratación administrativa de obras y suministros, atribuida a la competencia exclusiva del Estado en el artículo 149 antes citado. En consecuencia, pueden ser reconocidas en esa materia facultades a la Comunidad Autónoma para el desarrollo legislativo y la ejecución de tales normas básicas, como establece el artículo 11-1-b) del Estatuto de Autonomía del País Vasco; pero no se prueba, y ni siquiera se alega, en el procedimiento que las facultades conferidas o reconocidas por el Gobierno vasco al consejero de Economía y Hacienda en la disposición recurrida correspondan a atribuciones que hayan sido concedidas al Gobierno por una Ley del Parlamento vasco, conforme a lo previsto en el artículo 30 y concordantes del citado Estatuto; y si se hubiera realizado alguna delegación legislativa al efecto sobre el Gobierno vasco, habría de tenerse en cuenta el principio de Derecho que impide subdelegar o delegar las potestades delegadas, recogido en nuestro Derecho por el artículo 82-3 de la Constitución y por el artículo 22-5 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957.

El Gobierno vasco tiene la facultad de promulgar reglamentos, sujeta al control de esta jurisdicción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 153-c) de la Constitución, y el artículo 29 del Estatuto de Autonomía encomienda a dicho Gobierno funciones ejecutivas y administrativas; pero la facultad de dictar las normas necesarias para el establecimiento del régimen de clasificación para contratar con la Comunidad Autónoma se configura en la disposición recurrida genéricamente, sin especificación alguna y, por tanto, con contenido ilimitado, más amplio que el que entraña la mera reglamentación, ejecución o administración del régimen de clasificación para contratar establecido en las normas vigentes; por lo que las disposiciones impugnadas en este recurso se extralimitan, en cuanto autorizan al consejero de Economía y Hacienda para realizar lo que el propio Consejo no puede hacer; y, por consecuencia, la autorización así conferida ha de ser considerada nula e ineficaz, como ha declarado la Sentencia apelada.» (*Sentencia de 24 de septiembre de 1985, Sala 3.ª, Ar. 4205.*)

V. COMUNIDAD AUTÓNOMA

Contratación. Competencias de desarrollo legislativo en materia de clasificación de contratistas.

Vid. CONTRATACIÓN, *Sentencia de 24 de septiembre de 1985, Sala 3.ª, Ar. 4205.*

VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) *Autonomía local. Impugnación de disposiciones generales de ámbito estatal. Recurso de revisión.*

Vid. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, *Sentencia de 4 de junio de 1985, Sala revisión, Ar. 3209.*

- B) *Provincia. Doble naturaleza. El Ente provincial está sometido a la soberanía del Estado y a su superior poder.*

«Como provincia, Guipúzcoa, como Vizcaya y Alava y, en su caso, Navarra, constituye una demarcación territorial del País Vasco, pero, a la vez y superpuesto a ello, una circunscripción territorial del Estado español (art. 137 Constitución española); circunscripción en la que el Estado, en la esfera de sus competencias, hace acto de presencia, en actividades diversas, a través de la llamada Administración periférica del Estado, representada a nivel provincial precisamente por el Gobernador Civil.

La provincia, pues, o el Territorio Histórico, con toda la autonomía que se quiera, están sometidos, por ser concepciones compatibles, a la soberanía del Estado, y a su superior poder, como se determina en la Constitución (art. 2) y proclama el Tribunal Constitucional —SS. 2 febrero y 14 julio 1981—; poder superior que dimana del pueblo (art. 1.-2.º CE), del que forma parte, y en forma muy relevante, el pueblo vasco.

Las provincias, o los Territorios Históricos, aparte de las competencias que el Ordenamiento les atribuya como propias, vienen a tener otras, no incardinadas precisamente en Organos de la Administración Local, por lo que se consideran "división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado", según preceptúa la repetida Constitución en su artículo 141-1.º

Como es notorio, parte relevante de la actividad del Estado, como de cualquier Ente público, es la actividad jurídica, en gran medida perteneciente a la Administración, cuyos actos, regidos, entre otros, por el principio de publicidad, requieren contar con medios adecuados para que ésta sea eficiente, esto es, para que puedan ser oponibles "erga omnes"; publicidad que se consigue primeramente, en las comunicaciones individuales, mediante los trámites previstos para ello (citaciones, notificaciones, etc.), pero que, para la generalidad, se efectúa ordinariamente a través de tablonos de anuncios y boletines oficiales, razón de ser de unos y otros y, naturalmente, del "Boletín" aquí controvertido.

Tenemos, por un lado, el hecho indiscutible de una actividad jurídica del Estado dentro de todas y cada una de las provincias que lo componen y, por otro, la necesidad de que, como consecuencia de esa actividad, determinados actos tengan que aparecer en un medio impreso de difusión, del mismo ámbito territorial; medio instrumental que, como tal, no puede verse desconectado del régimen en que esos actos se producen, y de los Organos de que dimanan.

No sólo es la Administración la productora de actividad jurídica, necesitada de estos medios de publicidad, sino también la jurisdicción, cuyas leyes procesales regulan la forma de efectuarse la comunicación de actos y de resoluciones, sobre todo cuando no es posible que esa comunicación se lleve a cabo de una manera personal y directa.

Todo lo expuesto evidencia que el caso que nos ocupa no es de los que ponen en tensión la relación entre el Estado y las Administraciones Locales, o autonómicas, puesto que lo que aquí se halla en juego —la edición y dirección del "Boletín Oficial de Guipúzcoa"— corresponde a un medio de difusión en el que confluyen actuaciones tanto estatales como locales; confluencia que

impide el que la Administración del poder soberano se vea supeditada a un poder subordinado, como es el poder local.» (Sentencia de 5 de junio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3210.)

C) *Intereses por demora. Declara la inaplicabilidad de la LGP y la fijación de los intereses en la cuantía del 4 por 100.*

«Frente a la doctrina contenida en el 4.º Considerando de la sentencia apelada (aplicación analógica de los artículos 36.2 y 45 de la Ley General Presupuestaria y subsiguiente exclusión de la norma específica contenida en el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales), cabe reiterar —en aras del principio de unidad de doctrina contenido en el artículo 102 de la Ley Jurisdiccional— la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal de 30-3 y 17-9-82, 16-2, 7-4, 22-7, 29-10 y 23-11-83 y 11-12-84, al establecer, de un lado, la *inaplicabilidad a la contratación local de los preceptos dichos de la Ley General Presupuestaria y declarar, asimismo, que en el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación se encuentra la respuesta adecuada a la temática planteada* (el 4 por 100 anual), sin que quepa tampoco ampararse —para pretender una mayor cuantía— en la innovación prevista en la Ley 77/80, que incluye en la Ley de Enjuiciamiento Civil el artículo 921 bis (hoy derogado, aptdos. 4.º y 5.º art. 921, contemplan supuestos análogos), al ser esta norma aplicable, como en la referida disposición se dice, a las resoluciones judiciales que contengan condena al pago de cantidad líquida, dejando a salvo las especialidades previstas por la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria. Por ello, pues, *procede estimar el recurso de apelación en el particular referente a la cuantía de los intereses* (los conceptos sobre los que se aplican y el *dies a quo* no se discuten), *que deben fijarse en el 4 por 100 anual por aplicación de lo preceptuado en el artículo 94.2 del citado Reglamento, manteniendo, en lo demás y en su total integridad, las declaraciones contenidas en el fallo apelado.» (Sentencia de 18 de junio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3223.)*

VII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

Academia de Medicina y Cirugía. De acuerdo con sus Estatutos, puede calificarse como Corporación de Derecho Público y cabe someter sus actos a revisión de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

«Dicha cualidad de Corporaciones de Derecho Público es innegable ante la realidad normativa de que las referidas Academias vienen caracterizadas, según los Estatutos citados, por depender del Ministerio de Educación y Ciencia —art. 3—; tener asignadas funciones de colaboración con las Administraciones Públicas —art. 4—; tener representación en todos los organismos de tipo sanitario y docente dentro del distrito y en los tribunales de oposiciones y concursos de méritos que se constituyan para cubrir plazas de organismos de la provincia y del municipio —art. 5—; percibir los fondos públicos que se consignen en los Presupuestos del Estado, de la provincia y del municipio —artículos 6 y 48—, con obligación de rendir cuentas al Estado —art. 51— y estar sometido el acceso a las Academias a condiciones y procedimiento en los que viene prevista la notificación del nombramiento de sus miembros al Ministerio, quien, además, aprueba los Reglamentos de Régimen Interior —arts. 8, 12 a 17 y disposición transitoria segunda—; notas que, además de otras de igual significación, vienen acogidas en el Reglamento de la Academia de Valladolid, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 16 de noviembre

de 1981, al igual que venían en sus Reglamentos anteriores, siendo consecuencia natural de todo ello *necesidad de incluir esas Academias entre las Corporaciones que el artículo 1.2.c) de la Ley de esta Jurisdicción califica de Administración Pública para someter sus actos a la revisión judicial contencioso-administrativa*, y esto conduce a considerar admisible el presente proceso y revocar, en su consecuencia, la declaración de inadmisibilidad decretada por la sentencia apelada, que ha sido combatida en esta apelación, no sólo por el interesado a quien perjudica, sino también por la propia Academia que resulta beneficiaria de ella.» (*Sentencia de 23 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3927.*)

VIII. SERVICIO PÚBLICO

Adjudicación. En el Pliego de Condiciones no es obligatorio que cons-te la subrogación del adjudicatario con respecto del personal que venía prestando el servicio, cláusula que parece exigir el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

«Son objeto de examen en este proceso tres actos administrativos, citados en el primer considerando, con sus correspondientes desestimaciones presuntas de las reposiciones, y, por tanto, ha de hacerse el adecuado estudio o consideración a cada uno de ellos, para su ordenado enjuiciamiento; y, así, con respecto al primero de los mencionados, que consiste, como se sabe, en el Acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Sabadell (Barcelona), de fecha 18 de mayo de 1981, en él se declara firme el Pliego de Condiciones aprobado con anterioridad —17 de diciembre de 1980—, sobre futura adjudicación en la concesión del servicio de autobuses urbanos de la citada ciudad, y la convocatoria del concurso correspondiente, con respecto a cuyo acto *ha de afirmarse la validez del mismo, porque la no inclusión en el repetido Pliego de la subrogación o absorción del personal afecto al servicio, absorción por parte del nuevo concesionario a quien se adjudique* —situándose en el momento pretérito del acto referido de 18 de mayo de 1981—, *no supone la susodicha omisión una ilegalidad subsumible dentro del marco comprendido en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a propósito de la anulabilidad de los actos de esta clase, siempre partiendo de la base y razonamiento de que esto es así desde la perspectiva administrativa, o mejor ámbito administrativo, que es el fin de la materia propia de esta Jurisdicción, porque la disposición contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable a este caso, como condición inexcusable, que invalide el Pliego administrativo en sí, acarreado su anulabilidad*, puesto que así se deduce de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales y de los artículos 115 a 124 del Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, entre cuyos requisitos para los Pliegos de Condiciones no aparece la cláusula que haga referencia al tema debatido, entonces referido al Contrato de Trabajo de 21 de enero de 1944, hallándose como equivalente el artículo 44 actual del Estatuto de los Trabajadores el artículo 79 del mentado Contrato de Trabajo, con las naturales variantes de los momentos históricos; pero que en esencia no difiere de lo que aquí se debate, porque en aquel del año 1944 también se hablaba de subrogación del empresario nuevo con respecto a los derechos y obligaciones del anterior, en relación con los trabajadores.

Continuando en la línea argumentista anterior, y sentado lo que antecede, con ello sería bastante para dejar aseverada la legalidad del Pliego de Condiciones rector del concurso discutido; pero aun reforzando esta tesis, conviene hacer constar, como con acierto manifiesta la parte demandada —en su meritoria y valiosa exposición, al igual que lo hace también meritoria y valiosa-

mente la parte actora—, que en un *Pliego de Condiciones*, como el controvertido, no es necesario hacer constar lo antes reseñado a propósito de la *Ley laboral* —Estatuto de los Trabajadores—, como tampoco es menester consignar lo relativo a las obligaciones atinentes a las leyes tributarias, a propósito del pago de los impuestos y de las concernientes a las obligaciones de la *Seguridad Social* y otras, pues ya es sabido que, aunque no lo diga este documento, tales obligaciones legales existen y deben ser cumplidas; pero ello no significa que por tal circunstancia el acto administrativo aprobatorio del tan repetido *Pliego de Condiciones* incurra en invalidez administrativa, pues, como es sabido, el artículo 115 del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales*, en consonancia con el 116 del mismo *Ordenamiento jurídico* —preceptos éstos verdaderamente obligatorios para la Administración demandada—, no imponen este requisito de la subrogación de los trabajadores, como se pretende por la actora, bajo condición "sine qua non" para la validez del servicio público concedido, porque tal circunstancia es una obligación entre las partes privadas, concesionario antiguo y concesionario nuevo, pero no de la Administración; de tal modo, y para acabar el razonamiento en este punto, ha de afirmarse que la cuestión laboral pretendida se moverá, como así ha sido, en la esfera de este género, pero no en la administrativa, que por obedecer, como es sabido, a otros principios jurídicos distintos, no afecta a la validez del *Pliego de Condiciones* discutido, pues el interés público municipal, que prima y fundamenta el actuar de la Administración, no padece por la ausencia de este requisito, máxime habiéndose dictado una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de junio de 1982 en que de modo idóneo impone esta obligación al nuevo concesionario, dejando al margen, como no podía ser de otro modo, a la Administración local, con lo cual, y por otra vía distinta a la presente —que era la adecuada—, se resuelve la principal preocupación e interés de la parte actora en este proceso.» (*Sentencia de 18 de junio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3250.*)

IX. DOMINIO PÚBLICO

Concesión demanial. La construcción de un garaje, que ocupa en parte el subsuelo de un espacio de titularidad pública, requiere concesión demanial.

«Por tanto, si efectivamente el aparcamiento ocupa el subsuelo de un espacio público, de titularidad municipal, la obtención de la licencia solicitada se encontraría subordinada al previo otorgamiento de la correspondiente concesión demanial, ya que su falta impide al particular obtener la licencia y al órgano competente otorgarla —art. 2 del *Reglamento de Disciplina*—; todo ello sin perjuicio de las competencias del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo —y no del Ayuntamiento de Portugalete, que sólo puede denegar la licencia por razones de competencia municipal (art. 30 del *Reglamento de 30 de noviembre de 1961*), además de lo que antes hemos dicho— para resolver acerca de si las 305 plazas de aparcamiento proyectadas deben reunir o no en cuanto a diseño, dimensiones y superficie los requisitos establecidos al respecto en la *Ordenanza 34 de Garajes*, incluida entre las *Provisionales de Viviendas de Protección Oficial* por la *Orden de 16 de mayo de 1974* —sólo está acreditado que reúnan estos requisitos cuarenta plazas—, pues si así fuera (y debe tenerse en cuenta que se ha podido producir una modificación en el proyecto constructivo del garaje tal y como fue inicialmente autorizado) no bastaría para legitimar el ejercicio de la actividad de garaje con el otorgamiento de la licencia urbanística, sino que sería necesario también obtener la correspondiente autorización estatal sobre el correcto dimensionado de las plazas de aparcamiento.» (*Sentencia de 15 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3904.*)

X. MARCAS

Denominación geográfica. Prohibición de registrar la palabra Euzkadi tras la aprobación del Estatuto de Autonomía, al pasar a tener un claro contenido geográfico.

«El hecho de que con fechas anteriores al año 1980 se hayan registrado varias marcas con la denominación EUZKADI no determina por sí mismo el derecho a que siga registrándose la misma marca para otros productos, pues el precedente administrativo no vincula las resoluciones jurisdiccionales; y, por otra parte, antes de promulgarse la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, si, como se alega por la parte apelada y aparece probado, el vocablo "EUZKADI" es dentro del idioma vasco un neologismo compuesto por "euzk", equivalente a vasco, y "di", con significado de agrupación o conjunto, y su traducción al castellano es, por tanto, de "agrupación de los vascos", podía estimarse que carecía de contenido geográfico, con lo que ningún obstáculo encontraría en el apartado 6.º del citado artículo 124 para ser registrado como marca; pero al promulgarse la referida Ley Orgánica quedó constituida una Comunidad Autónoma, dentro del Estado español, bajo la denominación de Euzkadi o País Vasco, de acuerdo con la Constitución, por lo que la denominación geográfica que el vocablo entraña es, al menos desde entonces, evidente y su notoriedad relevante, de forma que la aplicación del precepto, que impide la inscripción como marca de las denominaciones geográficas, no puede ser eludida.» (Sentencia de 10 de julio de 1985, Sala 3.ª, Ar. 4017.)

XI. LIBERTADES

Derecho a una tutela judicial efectiva. En los casos en los que la norma disponga que no cabe recurso alguno frente a una resolución administrativa, debe interpretarse dicho precepto de conformidad con la Constitución y entender que no cabe recurso administrativo, pero sí jurisdiccional.

«Partiendo del principio, ya sentado, de que el Real Decreto-ley 17/1977, en cuyo nombre se tomó el Acuerdo del Consejo de Ministros y se emitió el Laudo Arbitral, ha sido delimitado en su vigencia y eficacia, así como en su adecuación, a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, es incuestionable que su artículo 10-1 confiere facultad al Gobierno para designar el árbitro, pues no otra cosa puede colegirse de la frase «instituir en arbitraje obligatorio», empleada en el fallo que recoge dicha Sentencia, máxime si, como ya se ha dicho, la situación contemplada es diametralmente distinta de la prevista para el supuesto del Conflicto Colectivo de Trabajo, es decir, superada y agotada la fase de posible entendimiento entre las partes empresarial y trabajadora, con designación paritaria de los árbitros. Consecuentemente, no cabe estimar vulneración aquí del artículo 24.1 de la Constitución, porque proyecte indefensión la disposición de que "contra la decisión del árbitro no cabe recurso alguno", contenido tanto en el Acuerdo gubernativo como en el Laudo Arbitral, porque es evidente que ni aquél ni éste podían operar más que en la esfera administrativa en que se inscriben, sin mengua de las potestades de otros órganos, entre ellos los jurisdiccionales en su propio ámbito, lo que ya comporta inexistencia de indefensión ante la tutela efectiva que han de obtener, ante los Tribunales ordinarios, y es lo cierto que siendo posibles dos interpretaciones de un precepto o acto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe ad-

mitirse la primera, como tiene señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de diciembre de 1983; por ello, al referirse el Acuerdo gubernativo y Laudo Arbitral a la inhabilitación de recurso, no puede entenderse, según dicha doctrina, más que al campo del Derecho Administrativo, donde opera, pero no al del ejercicio de acciones jurisdiccionales revisoras, como la presente, por lo que se viene a corroborar la tesis de que ni uno ni otro de los actos impugnados pueden producir indefensión, como de hecho se acredita con el presente enjuiciamiento revisorio.» (*Sentencia de 2 de julio de 1985, Sala 3.ª, Ar. 3944.*)

XII. SANCIONES

Proporcionalidad. El Tribunal puede determinar la sanción adecuada, sin que ello suponga sustitución de facultades administrativas.

«La justa proporcionalidad que debe guardar la sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio constante y reiteradamente declarado por la jurisprudencia, cuya aplicación al Derecho Administrativo sancionador no supone en forma alguna, tal como alega la Abogacía del Estado, sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso legal que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consienten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito propio de los poderes discrecionales de graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de éstos y la arbitrariedad.

Sentado todo ello, y en ejercicio de esa facultad jurisdiccional de aplicación del principio de proporcionalidad, debe declararse, dentro de la relatividad en que se desenvuelve esta materia, que la Sala de Justicia ha obrado conforme a Derecho al estimar excesiva la sanción máxima de dos años de suspensión de la autorización profesional impuesta por la Administración, pero no ha llegado a conseguir la adecuación de la sanción a la falta con su decisión de rebajarla a seis meses, pues al hacerlo así no valora en su debida importancia y entidad los móviles personales del autor de la infracción, ya que al estar éstos alejados de toda idea de lucro personal, desprestigio de la Administración o cualquier clase de perjuicio al interés público, resulta suficiente repulsa a la conducta del apelante la suspensión de un mes.» (*Sentencia de 10 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3890.*)

XIII. URBANISMO

- A) *Gestión. Una vez aprobada la reparcelación, la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio del Ayuntamiento deberá sustituirse por el equivalente económico a cargo de los propietarios.*

«A la luz de una interpretación sistemática y finalista de las normas legales y reglamentarias reguladoras de la institución jurídica de la reparcelación, tal y como ha sido configurada modernamente por la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, en los términos que expresa el vigente Texto Refundido de 9 de abril de 1976, cabe afirmar que si se conjuga el principio básico a cuyo tenor el derecho de propiedad sobre el suelo ha de ejercerse, según se sigue de los artículos 76, 84.3.b) y 87 de la Ley, en congruente y armoniosa relación con el artículo 33.2 de la Constitución, dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos por la norma que vienen a definir, desde

la capital perspectiva de la función social, el contenido de la propiedad, con el esencial e indeclinable postulado de justicia por cuya imperativa exigencia, y conforme establecen los artículos 97.2 de la Ley y 85 y 124 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, han de repartirse justamente entre todos los interesados los beneficios y cargas de la ordenación urbanística y atribuirse a los mismos —entre ellos la Administración— el derecho a la adjudicación en propiedad de las fincas resultantes —entre ellas las que representen el 10 por 100 del aprovechamiento medio que corresponde al municipio actuante en concepto de compensación por las plusvalías generadas para los propietarios por la actuación urbanística—, parece meridianamente claro que de ningún modo puede propugnarse una solución que, en la práctica y sobre la base de caracterizar el acuerdo aprobatorio de la reparcelación como un acto declarativo de derechos, eleva la omisión, grave y sustancial, de la determinación de las parcelas edificables correspondientes a la Administración por su 10 por 100 del aprovechamiento medio a la categoría de factor determinante de efectos, si no de imposible, si de muy difícil remedio, que en modo alguno se compadecen con los verdaderamente queridos por la Ley, pues bien claro está que al socaire de dicha tesis la realidad evidente es que, de no remediarse aquella omisión y reconducirse la situación a los términos en que debiera haberse procedido con arreglo a Derecho, los propietarios del suelo verán acrecido el 90 por 100 del aprovechamiento medio —que es lo que única y justamente les corresponde por estar así cuantificado su derecho de propiedad por la Ley— con el 10 por 100 que legítimamente corresponde al municipio como contraprestación en la justa distribución de los resultados de la ordenación urbanística, lo cual, ciertamente, incluso alcanza a negar y contradecir la indeclinable aspiración del Ordenamiento jurídico vigente en esta materia de rescatar una parte de las plusvalías generadas por el proceso de urbanización como remedio a la injusta consolidación en manos privadas de importantes beneficios irrenunciablemente públicos.

A la hora de indagar cuál sea la técnica adecuada en el marco del Ordenamiento para cohonestar la eficacia jurídico-real que legalmente se asigna a la reparcelación con la realización efectiva del derecho otorgado *ex lege* a la Administración, y que indebidamente ha sido preterido en la elaboración de aquélla, parece razonable, en méritos de una aplicación principal de la regulación positiva en la materia y de la utilización del remedio integrador de la analogía, que *si entre los fines asignados por la Ley a la reparcelación figura precisamente la justa distribución de beneficios y cargas —arts. 97.2 de la Ley y 71.4 y 72.1.a) del Reglamento de Gestión—, determinando las compensaciones e indemnizaciones procedentes, y si la propia norma prevé la compensación económica como remedio solutorio para las diferencias entre las adjudicaciones —art. 99.1.e) de la Ley—, al par que en los artículos 85 y 124 del Reglamento de Gestión se reconoce expresamente el derecho de la Administración a la adjudicación en propiedad de las parcelas correspondientes y se afirma categóricamente la atribución "ex lege" al municipio en pleno dominio de los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio municipal, que pueda acudir correctamente en Derecho a la técnica subsidiaria de la conversión del derecho de propiedad en especie o "in natura" —cuya efectiva prestación aparece insalvablemente impedida por la inmutabilidad de la situación jurídico-real constituida, incluso con la eficacia inherente a la institución registral inmobiliaria, por una parcelación que ni siquiera es revisable en el fondo en vía jurisdiccional, según previenen los artículos 100.2 de la Ley y 112.2 del Reglamento de Gestión—, en su equivalente económico cifrado pecuniariamente, de modo que, una vez determinado el aprovechamiento medio y valorado el 10 por 100 correspondiente al municipio de acuerdo con las reglas legalmente establecidas al respecto, los propietarios afectados cumplan su obligación de cesión que les impone el artículo 84.3.b) de la Ley del Suelo mediante el pago al municipio, a título de indemnización sustitutoria, de la suma dineraria que respectivamente les corresponda en proporción a su propiedad, restableciéndose así el equilibrio patrimonial que no*

debió quebrantarse con la omisión del derecho de la Administración en la parcelación, sin que, por lo demás, y al hilo de la prevención contenida en el artículo 112.4 del Reglamento de Gestión, resulte afectado el acuerdo de reparcelación en cuanto a la definición de la propiedad de las fincas resultantes.» (Sentencia de 12 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3899.)

- B) *Intervención en la edificación. Corresponde adoptar el acuerdo de imposición de obras en materia de seguridad de las edificaciones al Ayuntamiento a través de cualquiera de sus órganos.*

«Según resulta de los artículos 106.1 de la Constitución y 3.º.1 del Código Civil, es el factor teleológico o finalista de interpretación el que debe prevalecer para una coherente y sistemática integración del alcance y sentido de las normas del Ordenamiento jurídico; por lo cual, cuando el artículo 181.2 de la Ley del Suelo habla de Ayuntamientos como órganos competentes para imponer obras en materia de seguridad de las construcciones, esta misma finalidad o interés público en el aseguramiento de las edificaciones, de cuyo aspecto o modalidad de la seguridad ciudadana, hace aquí irrelevantes las alegaciones de apelación en cuanto dirigidas a negar competencia al Alcalde para imponer dichas obras, ya que la misma naturaleza de la obra impuesta requiere de urgencia de decisión adecuada a la índole gubernativa de la medida cautelar en referencia, emanada, además, de órgano municipal representativo del Ayuntamiento apelado; medida que, en definitiva y en las expuestas circunstancias, pudo ser adoptada por el Ayuntamiento en cualquiera de sus órganos, Pleno, Comisión Permanente o Alcalde, con validez frente al tercero interesado y sin perjuicio de responsabilidades personales internas en ámbito distinto al de la objetiva y unitaria responsabilidad externa de la Administración municipal cuando se trate de urgentes obras de seguridad.» (Sentencia de 10 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3892.)

XIV. RECURSO ADMINISTRATIVO

- A) *Alzada. La falta del recurso de alzada, debida a una notificación o publicación defectuosa, no obliga al recurrente a interponer este recurso si el asunto ha llegado a conocimiento del Tribunal y existe prueba de que la Administración competente, para resolver la alzada, lo desestimaré al haberse manifestado en este sentido.*

«La aplicación conjunta de los citados artículos 37.1 y 82, c), de la Ley de esta Jurisdicción obligan a afirmar que, en principio, el recurso contencioso contra el acto de aprobación del Plan es inadmisibile por no haberlo precedido el de alzada que establece el artículo 53 del Reglamento del Area Metropolitana de Madrid de 28 de septiembre de 1964; pero existen dos razones fundaméntales que impiden declarar dicha inadmisibilidad: primera, que la Administración no cumplió el trámite de publicidad en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, que ordena el artículo 147.3 en relación con el 125.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y tal defecto formal pudo afectar de alguna manera el derecho de defensa de los demandantes, que no deben por ello sufrir perjuicio alguno en la garantía de tutela judicial efectiva que les concede el artículo 24 de la Constitución, cuyo acatamiento aconseja abrir este proceso para que puedan ejercitar con toda amplitud su pretensión impugnatoria; y segunda, carece de sentido práctico el declarar la

inadmisibilidad con reserva del derecho a interponer la alzada, pues ello constituye una condena de repetición inútil de actuaciones administrativas y judiciales contrarias al principio de economía procesal, dado que la sola existencia de la Orden ministerial comunicada, objeto también de este proceso, constituye hecho notorio que acredita la asunción que la Administración Central ha hecho de la legalidad del Plan Especial y, por tanto, el resultado de ese recurso de alzada no sería otro que la confirmación del acto aprobatorio de la COPLACO, y sabido es que debe evitarse cualquier retroacción de actuaciones, nulidad o práctica de diligencia que racionalmente sea de prever conducirá a la misma situación jurídica que ya se encuentra planteada ante el Tribunal en idénticos términos y que debe por ello ser resuelta sin más dilaciones.» (Sentencia de 29 de mayo de 1985, Sala 4.ª, Ar. 4123.)

- B) *Reposición. La falta del recurso de reposición no puede comportar la inadmisibilidad del recurso contencioso, pues debe otorgarse el plazo para subsanar el defecto. Cabe una decisión «per saltum» y puede el Tribunal, que conoce de la declaración de inadmisibilidad, entrar en el fondo del asunto.*

«No obstante lo dicho, a las que no se puede llegar es a las conclusiones pretendidas por la Abogacía del Estado (a la inadmisibilidad de este contencioso), puesto que a ello se oponen las directrices del nuevo ordenamiento constitucional, plasmadas en el artículo 24-1.º del Texto Fundamental; la jurisprudencia que ha surgido como consecuencia del mismo —SS. 3 febrero y 20 julio 1984, entre otras—, lo que ha supuesto un giro radical en la interpretación y aplicación del artículo 129-3.º de la Ley Jurisdiccional; y, como remate de todo ello, lo establecido en el artículo 11-3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, en el que, invocándose dicho artículo 24-1 de la Constitución, dispone que los Jueces y Tribunales "...deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes" (el subrayado es nuestro).

Aunque la consecuencia lógica de lo sentado en el considerando precedente sería el disponer lo necesario para la subsanación de la reposición omitida, en la forma en que la última jurisprudencia aplica dicho artículo 129-3 de la Ley Jurisdiccional, sin embargo, lo aconsejable en este caso, por la única pretensión deducida en el escrito de interposición del contencioso (la de declarar la nulidad y derogación de la Orden ministerial mencionada), es, en una decisión "per saltum", declarar sencillamente que no procede la inadmisión del contencioso, y que, por lo tanto, se debe entrar sin más en el enjuiciamiento del fondo del asunto.» (Sentencia de 12 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 4212.)

- C) *«Solve et repete». Se declara inconstitucional la introducción de este principio por contradicción con el artículo 24 de la Constitución.*

«La tesis sustentada por la Administración apelante carece de efectividad, en primer lugar, porque una cosa es el procedimiento de apremio que para el cobro de la multa cabe seguir de inmediato y de modo separado respecto a los recursos incluso administrativos, y otra cosa es el ejercicio ciudadano del derecho a impugnar los actos de la Administración Pública como consecuencia del sometimiento de su actividad a la Ley propio del Estado de Derecho; por lo cual, lo mismo que para imponer sanciones administrativas resultan inidóneos los Reglamentos, conforme al artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y es necesaria Ley formal votada en

Cortes, así también, por analogía y convergencia teleológica de máxima garantía en materia sancionadora (art. 4.º-1 del Código Civil), el condicionamiento o restricción del mencionado derecho a recurrir habrá de establecerse en el nivel de Ley formal, de modo coherente con lo señalado en el artículo 40-f) de la referida Ley rectora, sin que sea dable asignar a la expresión "leyes", a estos concretos efectos, el sentido material o de disposición de carácter general que la parte apelante quiere comunicarle, toda vez que su consecuencia sería la creación de un privilegio administrativo para el cobro de las multas con patente desviación de la finalidad que justifica el reconocimiento del derecho a recurrir —art. 106-1 de la Constitución—, máxime teniendo en cuenta que la invocada Ley de 24 de julio de 1963, en cuanto que texto refundido y articulado, fue un Decreto legislativo carente de la garantía de Ley formal y sin antecedente en este nivel por lo que concierne a los aspectos aquí tratados; y, en segundo lugar, porque, sobre todo, la interpretación propugnada por la Administración apelante vulnera el derecho fundamental de tutela judicial efectiva y de defensa procesal garantizado por el artículo 24-1 de la Constitución, por lo que el requisito del depósito previo de la multa, en cuanto excluyente del recurso administrativo y subsiguiente acceso a la jurisdicción, es contrario a la Ley Fundamental del Estado y debe entenderse derogado por la disposición derogatoria 3; interpretación asequible a la Jurisdicción toda vez que, de conformidad con el artículo 53, el mencionado derecho fundamental vincula a todos los poderes públicos.» (Sentencia de 24 de abril de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3897.)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) Legitimación.

1. *Extensión, a partir de la Constitución, de la legitimación a la defensa de los intereses legítimos.*

«Es preciso resolver en primer término la causa de inadmisibilidad invocada por la defensa de la Administración demandada, de falta de legitimación activa del Ayuntamiento de Güümar para recurrir un acuerdo del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos en el que se establece un turno zonal de farmacias para practicar las guardias nocturnas de dos municipios, Güümar y Arafo, y a este respecto conviene señalar que a partir de la Constitución se ha extendido la legitimación a la defensa de los intereses legítimos (art. 24), concepto que es mucho más amplio que el de interés directo que usa el artículo 28 de nuestra Ley Jurisdiccional, debiendo entenderse por interés legítimo, según la doctrina tradicional, el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando, con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato, y en este ámbito de intereses no cabe duda que se encuentran los Ayuntamientos en materia tan incidente sobre la sanidad local como puede ser el despacho de medicamentos a los vecinos, la cual no puede por menos de ser encuadrable entre los fines esenciales de la Corporación, a la que corresponde, según el artículo 5 de la Ley de Régimen Local, carácter representativo de la integridad de la vida social, a la vista de cuyos razonamientos hay que rechazar la excepción planteada.» (Sentencia de 1 de junio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3598.)

2. *Impugnación directa de disposiciones de carácter general, de ámbito estatal, por municipios. Doctrina fijada en recurso de revisión.*

«La sentencia sometida a revisión declaró la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la Corporación municipal recurrente al impugnar el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros aprobado por Real Decreto de 16 de marzo de 1979, porque cualquiera que sea el grado de autonomía que se conceda a los municipios siempre será limitado a su territorio, y que de prosperar el recurso se daría la anomalía de diversa normativa en la misma materia para los varios Ayuntamientos según impugnasen o no la disposición recurrida, de 11 de abril de 1981; mientras que, por el contrario, la sentencia de la misma Sala 4.^a declaró la legitimación activa de una Corporación municipal para impugnar un Reglamento de ámbito nacional, en base fundamentalmente a que la Constitución española de 1978 otorga a los municipios autonomía para la gestión de sus respectivos intereses en su artículo 137, autonomía que resultaría seriamente defraudada de mantenerse restricciones en cuanto a la legitimación activa por aplicación del artículo 28.1.b) de la Ley de esta Jurisdicción, cuando ni el propio texto legal las establece, *siendo obvia la contradicción existente entre ambas sentencias, por lo que es preciso declarar cuál sea la doctrina conforme al ordenamiento jurídico, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a la rescisión solicitada, según se declara, entre otras, en la sentencia de esta misma sala especial de 19 de diciembre de 1984.*

Siendo patente la contradicción entre las sentencias referenciadas, para declarar la doctrina más acertada y conforme al ordenamiento jurídico vigente conviene señalar que por las diferentes Salas de esta Jurisdicción del Tribunal Supremo se dictaron numerosas sentencias que originaron una corriente jurisprudencial restrictiva de la legitimación activa de los Ayuntamientos para impugnar disposiciones generales de ámbito nacional por entender que su propia competencia territorial limitada impedía la defensa de sus intereses municipales más allá de su territorio, pero esta corriente varía a partir de la *Constitución de 1978 por el reconocimiento expreso que hace de la autonomía de los municipios en su artículo 137 y por la protección judicial que concede en el artículo 241 al otorgar la tutela efectiva judicial a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, siendo esta última corriente la que debe declararse más acorde con el ordenamiento jurídico vigente, pues la Constitución ha supuesto un cambio esencial en nuestro ordenamiento jurídico en la cuestión sometida a decisión en esta revisión por la doble vía ya indicada, ya que el reconocimiento de la autonomía municipal implica coherentemente la necesidad de permitir al municipio la plena defensa de sus intereses, lo que exige la posibilidad de impugnar una disposición general cuando incida en sus propias competencias como acontece en el caso presente (Reglamento de Transportes en Automóviles Ligeros), por lo que ha de estimarse que la Corporación municipal recurrente tiene la legitimación exigida en el artículo 28.1.b) de referencia al estar obligada a defender los intereses que representa y, de otra parte, el artículo 24.1 constitucional, al otorgar la tutela judicial efectiva, evitando la indefensión, también concede a la Corporación municipal dicha legitimación, que de negársela le podría ocasionar indefensión si la disposición reglamentaria que trata de impugnar lesionase sus intereses representativos que ha de defender, y esta doble vía para reconocer la legitimación a las Corporaciones municipales no sólo se ha seguido, después de la Constitución, en la sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981, sino también en la de 28 de enero de 1981 de la Sala 5.^a y otras posteriores a la sentencia que se revisa.» (Sentencia de 4 de junio de 1985, Sala revisión, Ar. 3209.)*

- B) *Inadmisibilidad. En virtud del artículo 24.1 de la Constitución, y confirmando una doctrina anterior, se entiende derogado el artículo 82, a), de la LJCA. El Tribunal debe declarar por Auto la incompetencia y remitir las actuaciones a la Sala competente. Al ser competente el Tribunal que conoce de la apelación, debe entrar en el fondo del asunto.*

«La Sentencia apelada declara la inadmisibilidad, por incompetencia de Jurisdicción, del recurso contencioso interpuesto contra la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de julio de 1980, por la que se aclara el Régimen Fiscal de las Sociedades de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión Mobiliaria; estimando en sus Considerandos la Sentencia apelada que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14-1-A de la Ley Jurisdiccional, dada la naturaleza de disposición de carácter general que tiene la Orden recurrida, la competencia para conocer del recurso interpuesto corresponde a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo; asignación de competencia que comparte esta Sala, en cuanto que lo dispuesto por el referido artículo 14-1-A-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción no ha sido modificado por lo dispuesto en el Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, en razón a lo preceptuado en el artículo 6-2 del mismo; pero, en virtud del principio de tutela efectiva jurisdiccional, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, los Tribunales han de resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen; por lo que la declaración de incompetencia formulada en primera instancia no impide, sino que obliga a que esta Sala, señalada como competente para conocer de las cuestiones planteadas, resuelva sobre las mismas; pues ya este Tribunal, mediante Sentencia de la Sala 4.ª de 7 de junio de 1984, estableció que la falta de competencia de la Sala de instancia autoriza a ésta a declararlo así, remitiendo los autos a la que sea competente, pero no permite declarar inadmisibile el recurso con el resultado de impedir todo acceso a la cuestión de fondo; y el Tribunal Constitucional, mediante Sentencias de 26 de diciembre de 1984 y de 15 de febrero y 11 de marzo de este mismo año 1985, ha confirmado que el contenido normal del derecho de tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo y, aunque ese derecho se satisface también cuando la resolución es de inadmisión siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debe responder el razonamiento a una interpretación de las normas de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental; declarando, en definitiva, derogado el artículo 82-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, en cuanto permite declarar mediante sentencia la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, cuando se hubiera interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción o de competencia para ello; y como, por otra parte, la Sentencia apelada hace en su fallo declaración de inadmisibilidad por incompetencia de jurisdicción, cuando lo procedente hubiera sido declarar por Auto la incompetencia, remitiendo las actuaciones a la Sala que consideraba competente; procede revocar la Sentencia apelada y actuar en el procedimiento como si la Sala de instancia hubiera actuado en la forma expresada y, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 100-7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, habrá de resolverse al mismo tiempo sobre el fondo del asunto.» (Sentencia de 13 de julio de 1985, Sala 3.ª, Ar. 4084.)

- C) *Sentencia. Ejecución. La acción ejecutoria, como acción de carácter personal para el cumplimiento de la resolución judicial, tiene un plazo de prescripción de quince años.*

«Antes de entrar en el análisis de la determinación cuantitativa de los daños y perjuicios objeto de este incidente, es preciso que demos respuesta al

tema de la pretendida prescripción de la acción ejercitada por la parte ejecutante insistiendo en los razonamientos que sobre este punto se recogen en el Auto apelado; pues bien, la Administración municipal —Ayuntamiento de Gerona—, en su empeño de sostener que se ha producido la prescripción del derecho invocado por aquélla, incurre en una evidente confusión, puesto que no distingue entre el plazo anual para el ejercicio de la acción de responsabilidad, a que se refieren los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133, 134 y 136 de su Reglamento, así como el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y el plazo de prescripción previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, olvidando que *toda ejecutoria* —cual aquí ocurre, en que la acción de responsabilidad se encuentra satisfecha— *constituye un nuevo y verdadero título del que se deriva una acción de carácter personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la deducida en juicio; y esto sentado, no habiendo la Ley fijado plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es evidente que el tiempo para la prescripción de la misma tiene que ser el de quince años, prevenido en el artículo 1964 del Código Civil, contado a partir de la fecha en que la sentencia quedó firme, como dispone el artículo 1971 del mismo Código.*» (Auto de 11 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3896.)

XVI. LEY DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Admisibilidad del recurso. Basta con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental para que deba admitirse el recurso.

«Esta Sala tiene dicho recientemente (Autos de 23 y 29 de abril de 1985) que, de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 1984, basta un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, y que no es una mera motivación *pro forma* para dar curso al proceso solicitado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión discutida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado. Circunstancias que se producen en los presentes autos, en donde se alega en principio desviación o abuso de poder con pretensión discriminatoria en el cese de un destino y traslado forzoso a otro, vulnerador, según el actor, de los artículos 14 y 23-2 de la Constitución.» (Auto de 10 de junio de 1985, Sala 3.ª, Ar. 3836.)

XVII. RESPONSABILIDAD

- A) *Relación de causalidad. La asunción voluntaria del riesgo del servicio público por persona ajena al mismo no rompe la relación de causalidad.*

«No existiendo obligación legal que así lo imponga, lo cual introduciría en la cuestión un distinto matiz, *la asunción voluntaria del riesgo del servicio público, por persona ajena al mismo, aceptada y consentida por sus responsables, no es circunstancia que rompa la relación de causalidad entre un accidente aéreo y sus consecuencias dañosas, siempre que esa persona se limite al papel de simple observador y no intervenga de manera ilegal en la direc-*

ción del vuelo, tal y como ocurrió en el caso de autos, pues esa presencia pasiva no es hecho que pueda calificarse de falta de la víctima que tenga relación causal, directa o indirecta, con la producción del accidente, ni puede por tanto aceptarse como motivo exonerador de la responsabilidad del Estado, debiendo a ello añadirse que la teoría del riesgo creado por la Administración se desenvuelve dentro del supuesto de "funcionamiento normal del servicio público", y consiste en atribuir la reparación de un daño fortuito en virtud de la llamada "responsabilidad por riesgo generalizado" o de "socialización del riesgo", sin que la asunción voluntaria del mismo por persona no gestora del servicio rompa la obligación de indemnizar, ya que esa asunción es condición imprescindible para que pueda producirse el daño indemnizable, y mantener lo contrario supondría reducir la aplicación del régimen legal de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado a supuestos muy excepcionales, ya que se eliminaría la inmensa mayoría de los casos en que, por regla general, el uso del servicio público se realiza voluntariamente por razones de intereses personales propios o ajenos y, aunque esto no fuese aplicable al caso presente, existiría la circunstancia de que la víctima de autos intervino en el acto de servicio sin pertenecer al equipo humano responsable del mismo, con autorización y consentimiento de éste, y ello constituye una falta de servicio, reconocida por el antedicho informe técnico al decir que "al igual que en las pruebas de mantenimiento sólo vuela el personal estrictamente necesario, en pruebas de este tipo únicamente deben volar ambos pilotos", y esa falta de servicio conllevaría, como razón última, la obligación de indemnizar que establecen los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 106 de la Constitución.» (*Sentencia de 12 de julio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 4209.*)

B) *Cuantía de la indemnización.*

1. *No puede incluirse el lucro cesante de una actividad ilícita, aunque haya mediado licencia para desarrollar esta actividad.*

«Si bien, como tiene declarado la Jurisprudencia, la indemnización debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, es lo cierto que no puede computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios el beneficio que se pensaba obtener de una actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada, y ello por dos razones: primera, porque tal beneficio es antijurídico, por derivar de una actividad no permitida por la Ley y, en consecuencia, el sujeto está obligado a acatar tal prohibición, y, en definitiva, la privación de tal beneficio no es imputable a la actividad administrativa, sino al mandato de la Ley, y segunda, porque el reconocimiento de tal lucro cesante supondría la consolidación a favor del sujeto del efecto económico-material de una actividad cuya ilicitud, en cuanto derivada de norma de carácter general, debió conocer de antemano, sin que este planteamiento resulte afectado por la deficiente actuación administrativa; en consecuencia, ha de rechazarse totalmente la partida que, señalada con la letra a), la parte demandada denomina como beneficio de la promoción y que asciende a 154.000.000 de pesetas, puesto que la edificación pretendida era contraria al Plan General de Bilbao, según declaró la sentencia firme de esta Sala, dictada con fecha 19 de diciembre de 1979 en el correspondiente recurso, rechazo que ha de extenderse necesariamente a la partida identificada con la letra g), que se refiere a la depreciación del indicado beneficio.» (*Sentencia de 27 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 4295.*)

2. *Honorarios de letrado.* Los gastos ocasionados por la defensa en juicio no pueden computarse a efectos de fijar la cuantía de la indemnización, pues la vía apropiada para el resarcimiento de este perjuicio económico es la condena en costas.

«Tratándose de honorarios de letrados, cuando éstos se hayan originado al margen de la actuación jurisdiccional, para que proceda su indemnización han de concurrir los requisitos generales exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por lo tanto, su existencia ha de ser real y efectiva, no pudiendo ser referidos al futuro, y cuando tales honorarios se produzcan en la obtención de la tutela jurisdiccional, la vía apropiada para su resarcimiento viene determinada por la resolución que recaiga en materia de costas y no como petición concreta de indemnización de daños y perjuicios, que supondría un quebranto de las normas procesales, pues un pronunciamiento indemnizatorio impediría cumplir en toda su extensión la exigencia del pronunciamiento en costas establecida en el artículo 81-2 de la Ley Jurisdiccional; por todo lo cual ha de rechazarse esta cuarta partida alegada por la parte actora.» (Sentencia de 27 de septiembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 4295.)

C) *Terrorismo. Delimitación del alcance de la responsabilidad estatal, de conformidad con lo establecido en el R. Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero.*

«La obligación asumida por el Estado de indemnizar, especialmente, los daños y perjuicios que se causen a las personas con ocasión de los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos tiene por finalidad aminorar, en lo que cabe, como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1984, las graves perturbaciones sociales que los hechos de esta naturaleza ocasionan en la vida ciudadana; pero no en todos los casos de daños y perjuicios por actos delictivos cometidos por las personas integradas en estos grupos, sino sólo de aquellos que se consideran más graves por afectar directamente a la vida o a la integridad corporal de las víctimas y que como tales producen mayor alarma y quiebra de la tranquilidad pública; quíerese decir, por tanto, que el Estado, consciente de esta realidad social, y ante la imposibilidad económica de asumir todos los daños y perjuicios derivados de la actuación criminal de los grupos terroristas, ha decidido hacer suyas, mediante una disposición legal con rango suficiente para vincular a la Hacienda Pública, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a las personas físicas —la referencia a las personas sería en otro caso innecesaria—, tanto en los casos de muerte como de lesiones, declarándolos especialmente indemnizables, es decir, sólo en estos casos particulares; se trata, por tanto, de extender a toda la comunidad nacional, por razones de solidaridad social, la indemnización debida a las víctimas de los actos terroristas por los daños y perjuicios corporales sufridos como consecuencia de los delitos cometidos por quienes, integrados en grupos o bandas organizados y armados, serían civilmente los únicos responsables con arreglo al artículo 19 del Código Penal; y, al propio tiempo, el artículo 7.º del Real Decreto-ley 3/1979 ha delegado en el Gobierno la potestad de determinar "el alcance y condiciones de dicha indemnización", pero no le ha autorizado, obviamente, para ampliar o reducir el ámbito objetivo de la misma, por la sencilla razón de que una decisión en esta materia en virtud de una disposición reglamentaria se produciría "ultra vires" y sería, por tanto, ineficaz.» (Sentencia de 3 de junio de 1985, Sala 4.ª, Ar. 3202.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

