

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento*. A) *Titularidad de la potestad reglamentaria*: 1. Exclusividad del Gobierno para la aprobación de reglamentos ejecutivos. 2. Potestad ministerial en materia de organización departamental. B) *Inaplicación*.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Naturaleza*. *Es acto administrativo la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado denegatoria de la nacionalidad española*. B) *Acto político*. *Se reconoce este carácter a la iniciativa legislativa del Gobierno*. C) *Desviación de poder*: 1. Se aprecia este vicio. 2. Discordancia teleológica entre el precepto legal y el resultado de su aplicación a un caso concreto. D) *Motivación*. *Sólo produce la anulación cuando provoca una situación de indefensión*. E) *Publicación*. *Requisitos de la publicación de una convocatoria de concurso de méritos*. F) *Silencio positivo*. *Supuesto en que puede operar aún sin haberse acompañado a la solicitud la documentación preceptiva*. G) *Ejecutividad*.—III. CONTRATOS: A) *Enriquecimiento injusto*. B) *Administración Local*. *Intereses de demora*.—IV. DOMINIO PÚBLICO: *Responsabilidad de los particulares por daños causados al mismo*.—V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: A) *Procedimiento*. *Alcance de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de procedimiento administrativo*. B) *Navarra*. *Convenio económico*. *Norma paccionada*.—VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Convocatoria de Pleno extraordinario*.—VII. COLEGIOS PROFESIONALES: A) *Naturaleza*. *No ejercen funciones públicas por delegación, sino que constituyen un ejemplo de autoadministración*. B) *Incompatibilidades*. *Doctrina general sobre la incompetencia de los Colegios Profesionales para establecer incompatibilidades que afectan a sus miembros*.—VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Declaración de utilidad pública o de interés social*.—IX. SANCIONES: *Ejecutividad*. *La ejecución de una sanción no firme no constituye violación de un derecho fundamental*.—X. LIBERTADES PÚBLICAS: *Libertad de expresión*: 1. *Vídeo comunitario*. *No necesidad de autorización administrativa*. 2. *Vídeo comunitario*. *No puede ser prohibido por un mero acto administrativo*.—XI. ECONOMÍA: *Libertad de empresa*. *La intervención de una empresa según la Ley de 1939 no es contraria a los artículos 38 y 128 de la Constitución*.—XII. FARMACIA: A) *Potestades públicas*. *Ejercicio por los Colegios Farmacéuticos*. B) *Apertura*: 1. *Núcleo de población*. *Interpretación del artículo 3.1.b) del Real Decreto 99/1978*. 2. *Principio «pro apertura»*.—XIII. VIVIENDA: *Valoración de los intereses generales y del derecho a disfrutar de una vivienda digna para denegar la ejecutividad de una Orden de desalojo*.—XIV. URBANISMO: A) *Planeamiento*: 1. *Supuesto en el que la suspensión de la aprobación definitiva de un Plan Parcial constituye acto de trámite cualificado*. 2. *La introducción de recomendaciones y disposiciones indicativas en la aprobación definitiva es una alteración sustantiva contraria, además, a la obligatoriedad y ejecutividad de los planes*. 3. *Control por el Tribunal de los hechos determinantes que deben justificar la calificación del suelo*. B) *Suelo no urbanizable*. *No procede otorgar licencia de camping*. C) *Licencias*: 1. *Otorgamiento obligado aun faltando alguno de los servicios exigidos en el artículo 82 de la Ley del Suelo*. 2. *De obras y de primera utilización*. *Relación entre ambas*. 3. *Licencias de demolición*. 4. *Caducidad*. D) *Disciplina*. *Artículo 186 de la Ley del Suelo*. *Se declara su vigencia*.—XV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Competencias de las Comunidades Autónomas*.—XVI. RECURSO ADMINISTRATIVO: A) *Recurso de reposición*. *No es preciso acudir a subsanar la falta de su interposición si la Sala tiene elementos de juicio suficientes para pro-*

nunciarse sobre el fondo. B) *Recurso de alzada. La falta de interposición en supuesto de silencio no puede conducir a la inadmisibilidad del recurso al no haber indicación de los recursos procedentes.*—XVII. TRIBUNAL DE CUENTAS: *Régimen jurídico aplicable al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.*—XVIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Plazo de interposición:* 1. Desestimación presunta de recurso de alzada. El plazo de un año debe empezar a contar desde la desestimación presunta del recurso. 2. Desestimación presunta del recurso de alzada. El plazo de un año debe empezar a contar desde la desestimación presunta del recurso. 3. Actos nulos. La no sujeción a plazo es contraria al principio de seguridad, debiendo acudir a la acción del artículo 109 de la LPA. B) *Inadmisibilidad:* 1. No procede como consecuencia de la derogación de la norma impugnada. 2. Aplicación de la doctrina de la STC de 15 de febrero de 1985. C) *Actos impugnables. Es acto trámite recurrible la carta del Subsecretario comunicando al Presidente de un Sindicato que no es posible acceder a su solicitud de Comisión de Servicio.* D) *Carácter revisor. Interpretación flexible y actualizada.* E) *Legitimación. Se reafirma la doctrina que entiende derogada la exigencia de legitimación corporativa para la impugnación de reglamentos.* F) *Recurso de apelación. Alcande del mismo.* G) *Ley de 26 de diciembre de 1978:* 1. Actos impugnables. No lo es el acto trámite. 2. Recurso de reposición potestativo. Plazo de diez días para su interposición.—XIX. RESPONSABILIDAD: A) *Relación de causalidad.* B) *Inactividad de la Administración.* C) *Terrorismo.* D) *Acción de responsabilidad.*

I. FUENTES

Reglamento.

A) *Titularidad de la potestad reglamentaria.*

1. *El Gobierno posee la exclusividad de la aprobación de los reglamentos ejecutivos.*

«El tema de la potestad reglamentaria de la Administración ha sido y es uno de los más complicados del Derecho Administrativo en general, y del español en particular, y ello tanto antes como después de la Constitución de 1978, pese a algunas precisiones realizadas por este texto básico, planteamiento éste del que es necesario partir para abordar los problemas que, con respecto al mencionado tema, resultan del presente recurso jurisdiccional, donde se impugnan dos Ordenes Ministeriales de Sanidad y Consumo de fechas 28 de febrero y 1 de marzo de 1985, por las que, respectivamente, se establecen los órganos de dirección de los hospitales gestionados o administrados por el Instituto Nacional de la Salud y se aprueba el Reglamento General de Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales de la Seguridad Social, apareciendo como primer problema a resolver el de la competencia del titular de dicho Ministerio para dictar las dos órdenes cuestionadas, por entender la Asociación demandante que al ser ellas ejecución o desarrollo de una Ley, la competencia para tal normación corresponde, a tenor de lo establecido en el apartado 6.º del artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al Consejo de Ministros, revistiendo, además, la forma de Real Decreto, la que determina, en opinión de la defensa técnico-jurídica de la citada Asociación, que tales Ordenes Ministeriales son nulas de pleno derecho, al hallarse incursas en el supuesto de nulidad absoluta y radical del apartado a) del párrafo primero del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo; obviamente, el problema enunciado se escinde en dos distintos, refiriéndose el primero de ellos a la naturaleza de las normas reglamentarias cuestionadas y consistente el segundo en determinar si, a la vista de la clasificación efectuada, la competencia para dictar tales normas reglamentarias corresponde de un modo exclusivo al Consejo de Ministros.

Aunque es cierto que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria, su ejercicio, concreta el mismo texto constitucional, debe realizarse de acuerdo con la citada norma básica y con las leyes, siendo trascendente a este respecto que el apartado 3.º del artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado atribuye a los Ministros, en cuanto Jefes Administrativos de sus respectivos Departamentos, la facultad de dictar reglamentos, circunscritos a las materias propias de su Ministerio; ha llegado a discutirse con cierta amplitud dentro de la doctrina de los autores, la legalidad constitucional de este precepto, dada la exclusividad que la Constitución parece establecer de tal potestad respecto del Gobierno, pero finalmente y con bastantes restricciones, no por todos los autores aceptadas, se ha establecido su subsistencia, siguiendo, sin duda, la pauta del Tribunal Constitucional de apoyar la permanencia de todas aquellas disposiciones preconstitucionales que permitan su coordinación con el citado texto básico; el Tribunal Constitucional no ha abordado expresamente esta cuestión, pero sí resulta trascendente la doctrina sentada por el mismo en su Sentencia de 4 de mayo de 1982, tanto en cuanto a la *distinción que establece entre reglamentos ejecutivos, en cuanto ellos están directa y meridianamente ligados a alguna Ley o a algunos de sus preceptos, a fin de completarla, desarrollarla o pormenorizarla, y aquellos otros de mera organización o que, en todo caso, sólo alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarlos en la organización administrativa, por existir entre aquella y éstos específicas relaciones de superioridad, no afectando nunca a derechos y obligaciones de los citados administrados en aspectos básicos o de carácter general*, cuanto en que la citada Sentencia manifiesta recoger una hermenéutica tradicional a nuestro derecho constitucional, de lo que se infiere la *admisibilidad de la potestad reglamentaria de los Ministros, siquiera quede ella limitada a las materias propias o específicas de su Departamento*, cual señala el precepto mencionado de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, en realidad, a las cuestiones organizativas del mismo o, en todo caso, de aquellas donde se den relaciones de supremacía especial, *sin que, en caso alguno, puedan estimarse ejecución de alguna Ley concreta*; procede, en definitiva, examinar las dos Ordenes Ministeriales objeto de impugnación y determinar si en ellas se dan las características positivas y negativas señaladas, pues tan sólo si todas ellas se dan podrá estimarse que el titular de la cartera de Sanidad y Consumo tenía facultades o atribuciones para dictarlas.

Un examen circunstanciado de la primera de las Ordenes citadas, la de 28 de febrero de 1985, permite observar que ella se halla compuesta por trece artículos y una disposición transitoria relacionada con la situación del personal que, en el momento de su publicación, ocupaba puestos de dirección o administración de las Instituciones Sanitarias cerradas, gestionadas por el Instituto Nacional de la Salud, dividiéndose aquellos artículos en cinco secciones que giran bajo los siguientes epígrafes: Ordenación de las Instituciones Hospitalarias, órganos de dirección; Dotación de los órganos de dirección de los hospitales; Dependencia orgánica y provisión de cargos para los órganos generales de dirección; es decir, todos ellos, salvo el último, que se ocupa de regular especiales relaciones de supremacía respecto de quiénes han de ocupar los citados puestos, tienen un marcado carácter organizativo de la dirección y gestión de los hospitales integrados en el citado Instituto, respecto del cual el artículo 11 de la Orden cuestionada establece una relación de dependencia jerárquica y funcional que determina en principio la clasificación del citado reglamento entre aquellos que pueden ser encuadrados en la esfera competencial de los Ministros, concretando, además, el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 la competencia del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, actualmente denominado de Sanidad y Consumo, del que depende, en definitiva, el Instituto Nacional de la Salud; pero antes de tomar una decisión al efecto conviene examinar también ese aspecto irónico que tiene la clasificación a efectuar, y es si la Orden en cuestión tiene un cierto

carácter de reglamento independiente o es ejecución de una norma anterior con rango de Ley, y obvio resulta que *la Orden cuestionada, sin hacer menciones especiales de Leyes a las que deba estimarse subordinada, establece una serie de normas que regulan el régimen de gobierno de las instituciones hospitalarias dependientes del Instituto Nacional de la Salud y la estructura de sus órganos que, sin duda, y pese al silencio manifestado, se hallan sujetos a las normas, criterios y principios de la Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962, dado el contenido de su artículo 3.º, que establece su aplicabilidad a todos los hospitales del Estado y de sus organismos autónomos y a los de la Seguridad Social, las Corporaciones Locales y cualesquiera otros sometidos al patronato del Estado*; cierto es que las declaraciones jurisprudenciales sobre el caso no son concordantes, y, así, la Sentencia de esta Sala de 23 de junio de 1978, considerando tan sólo el contenido del artículo 121 de la Ley de la Seguridad Social, estima independiente el Reglamento de 7 de julio de 1972 y declara su conformidad jurídica, mientras que la Sentencia de la misma Sala de 10 de diciembre de 1982 anula el Real Decreto de 25 de agosto de 1978, por estimarlo ejecutivo de la citada Ley de Hospitales, pero el que ello así sea obliga a realizar un estudio más profundo de la cuestión, tras del cual se concluye que no habiendo sido derogada por norma alguna posterior con rango de Ley es necesario tener por vigente la citada Ley de Hospitales y que si ella no fue considerada en la Sentencia de 23 de junio de 1978 citada ello se debe, sin duda, al carácter concreto del tema en ella debatido, como lo era la definición del personal auxiliar sanitario no titulado, todo lo cual determina la pertinencia de tener en cuenta la doctrina de la Sentencia de 10 de diciembre de 1982 como la más acorde con el tema, *particular éste que impide realizar una clasificación de la Orden cuestionada como no ejecutiva, lo que conlleva, como obligado correlato, la estimación de la pretensión de nulidad de la Orden cuestionada por corresponder la potestad reglamentaria sobre el caso al Gobierno de la nación, y ello en exclusiva y a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo.*

Y algo análogo sucede con la segunda de las Ordenes Ministeriales impugnadas, la de 1 de marzo de 1985, por cuanto, aunque es cierto que una gran parte del contenido de ella tiene un marcado carácter organizativo al regular la ordenación de las Instituciones cerradas de la Seguridad Social, tanto en su aspecto geográfico o territorial como interno, estableciendo a estos efectos tres divisiones operativas (médica, de enfermería y de gestión y servicios generales), trasciende tal finalidad, que de todas maneras *incide también en el carácter de norma ejecutiva puesta de manifiesto en la alegación precedente para la primera de las Ordenes examinadas, dada su vinculación a la citada Ley de Hospitales de 21 de julio de 1962, al establecer para tales hospitales no sólo funciones asistenciales, sino la posibilidad de realizar otras de carácter docente, tanto para pregraduados como para postgraduados, cursos de perfeccionamiento e, incluso, funciones de investigación (arts. 7 y 8), regulando, además, en los artículos 30 y 31 la atención a pacientes que no sean beneficiarios de la Seguridad Social, al establecer los criterios con arreglo a los cuales ha de efectuarse su admisión en los hospitales y su asistencia, concretando el sistema para la fijación de honorarios, la forma de percibo de éstos por la Dirección del órgano gestor del hospital y la necesidad de realizar el ciudadano no afiliado a la Seguridad Social un depósito previo, cuya cuantía no se señala, limitándose, finalmente, la posibilidad de ocupación para esta asistencia libre al 10 por 100 de las camas disponibles, salvo casos de urgencia; es decir, y aun dejando aparte el aspecto ejecutivo ya señalado, con todas las consecuencias que ello conlleva, el reglamento no se limita a las funciones organizativas de la institución hospitalaria, interpretadas ellas *in extenso*, sino que trascendiendo tales funciones aborda la posibilidad de enseñanzas a coordinar con las realizadas por otros organismos, ajenos absolutamente al Departamento del que emana la Orden Ministerial, y, lo que es más grave, regula derechos de los ciudadanos en general, o sea, de personas no sujetas a relaciones especiales de supremacía, al señalar las condiciones de asistencia a las mismas, concretando sus posibilidades y limitaciones; *estas regulaciones**

"ad extra" de la específica competencia ministerial del Departamento del que emana la Orden cuestionada, pese a sus circunstancias y vinculaciones con estas instituciones hospitalarias, vienen a reforzar la argumentación de la competencia del Gobierno sobre la materia, al añadirse a las razones ejecutivas ya señaladas, derivadas de la mencionada Ley de Hospitales, todo lo cual determina sea pertinente estimar también la pretensión anulatoria actuada por la Asociación recurrente respecto de esta Orden Ministerial.» (Sentencia de 16 de diciembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8111.)

2. La posee el Ministro en las materias propias de la organización departamental.

«Esto quiere decir que, en principio, y sin perjuicio de la consideración que merezca el uso que se haga del poder reglamentario, el Departamento Ministerial posee competencia para regular, respetando la normativa de rango superior, "las materias propias de su Departamento" —art. 14.3 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957—, materias referentes en primer lugar a las de carácter organizativo y en segundo término a las relativas a las relaciones especiales de sujeción, como son las funcionariales, y, en general, la de todo el personal al servicio de la Administración Pública; habiendo señalado la doctrina el parentesco de esta distinción con la de doctrina clásica alemana, al diferenciar entre Reglamentos jurídicos ("norma agendi"), dictados "uti universi", y los Reglamentos administrativos, que en general no inciden sobre la generalidad de los ciudadanos, sino sobre un sector específico, situados en esa situación singular de sujeción.

No puede decirse que este precepto de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ni algún otro más, como el referido a disposiciones de autoridades y órganos inferiores (art. 23 de la propia Ley), hayan devenido inconstitucionales, a partir de la asignación del poder reglamentario al Gobierno en el artículo 97 de nuestra Constitución de 1978, porque, por la fuerza de las cosas, resulta inevitable que la reglamentación de las materias comprendidas dentro del ámbito de actuación de un solo Ministerio sea éste el que se encargue de regularlas, en lo que existe, como ha apuntado la doctrina, toda una costumbre que se repite.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8117.)

B) Inaplicación.

El Tribunal Supremo declara la nulidad y, en consecuencia, inaplica los preceptos del Reglamento del Registro Civil que disponen la no recurribilidad de las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado en materia de concesión de nacionalidad, así como la no motivación de las denegatorias de la nacionalidad por motivos de interés o de orden público.

«Obligado deviene, como ya se anticipó, entrar en el enjuiciamiento del fondo de la litis, referido, como ya hemos expuesto, a la solicitud de la nacionalidad española por la súbdita argentina aquí accionante, lo que se le niega, como también hemos anunciado, por el solo motivo de existir supuestas razones de "orden público", en base al repetido artículo 20 del Código Civil, sin motivación alguna, al pensar la Administración que se veía liberada de esta carga por mor de lo dispuesto en el citado artículo 223 del Reglamento del Registro Civil.

Si damos por supuesto que el acto administrativo de que se trata es impugnante ante nuestra Jurisdicción es porque, aparte de lo razonado "ut su-

pra", malamente puede eliminarse la garantía jurisdiccional porque un precepto reglamentario diga, como éste del Registro Civil (art. 362), que "Contra las resoluciones de la Dirección no cabe recurso alguno...", puesto que preceptos como éste aparecen en algún otro ordenamiento, y, en todos, la jurisprudencia los ha interpretado en el sentido de entenderlos sólo referidos a los recursos de la vía administrativa, pero sin afectar lo más mínimo a la posibilidad de la apertura jurisdiccional. Doctrina en la actualidad reforzada al máximo, al consagrar nuestra Constitución el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1), a diario aplicado por el Tribunal Constitucional y por este Tribunal Supremo.

Ante este texto reglamentario, su inaplicación no está condicionada al planteamiento y resolución de una cuestión de inconstitucionalidad, puesto que, como es sabido, este tratamiento está reservado para resolver las dudas que puedan tenerse respecto de normas con rango de Ley —art. 35 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre—, bastando para desentenderse de un Reglamento contrario a normas de rango superior con no aplicarlo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.º de la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, que reitera lo que ya venía declarado a este respecto en la vieja Ley del Poder Judicial de 1870, en el Título Preliminar vigente del Código Civil (art. 1.2.º) y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (arts. 23 y 26 a 28).

Queda esclarecido, pues, que el acuerdo recurrido del mencionado Centro Directivo es residenciable legalmente ante nuestra Jurisdicción por el doble motivo analizado hasta aquí. Corresponde ahora entrar en el fondo del mismo, debiendo empezar por declarar otra causa de nulidad del ordenamiento aplicado por dicho órgano, en lo que se contrae al precepto contenido en el artículo 223, "in fine", del mencionado Reglamento del Registro Civil, anteriormente transcrito (la no motivación de las resoluciones denegatorias de nacionalidad por razones de interés u orden público), contrario abiertamente a la necesidad de motivar los acuerdos limitativos de derechos, impuesta en el artículo 43.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo; necesidad que obedece a una lógica jurídica de fácil comprensión.

Aunque el vicio del acto que acaba de señalarse es de carácter formal, el efecto del mismo no debe implicar una nulidad de actuaciones, porque razones de economía procesal invitan a superar tal deficiencia, ya que en las actuaciones se cuenta con los elementos de juicio suficientes para poder resolver correctamente la cuestión planteada por la accionante.» (Sentencia de 7 de junio de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6606.)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) Naturaleza.

Es acto administrativo, susceptible de ser recurrible ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado denegatoria de la nacionalidad española, a pesar de lo establecido en el Reglamento del Registro Civil.

«Lo primero a debatir ahora es la cuestión de la inadmisibilidad del recurso contencioso, promovido por la accionante, al ser el único pronunciamiento que realmente ha emitido el Tribunal a quo en la Sentencia que nos ocupa, debiéndose pasar a enjuiciar el fondo de la litis únicamente si la declaración de inadmisibilidad no es conforme a derecho.

Se basa dicho Tribunal, para llegar a tal conclusión, en la consideración de que el problema de nacionalidad planteado por la accionante (ciudadana argentina que pretende la española) es un tema de naturaleza civil, ajeno al

régimen jurídico administrativo y, por lo tanto, fuera del ámbito de nuestro campo jurisdiccional.

Construye su tesis la Sala de la Audiencia Nacional partiendo de diversos artículos del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, como es el 16, que establece la supletoriedad de las normas de jurisdicción voluntaria en las actuaciones de este Registro; el 223, *in fine*, que ordena que "no se motivarán las resoluciones denegatorias (de nacionalidad) por razón de interés u orden público"; el 362, que dispone que "contra las resoluciones de la Dirección (de los Registros y del Notariado) no cabe recurso alguno, salvo cuando corresponda la vía judicial ordinaria y sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo VII"; así como de otros de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como es el artículo 1817, sobre conversión del expediente en contencioso, "si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto...", y como es el artículo 483.3.º, señalando el juicio ordinario de mayor cuantía como marco adecuado para resolver, entre otros asuntos, los relativos al "estado civil y condición de las personas".

Rebatiremos los razonamientos de la Nacional empezando por señalar que, en el supuesto de autos, el contencioso no surge por la aparición de una oposición a la solicitud de la accionante por parte de un particular que muestre interés en el asunto, como prevé el citado artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de lo que se deriva la necesidad de la utilización del proceso de mayor cuantía, impuesto en el también citado artículo 383.3 de la misma Ley rituaría, sino que, al contrario, *no ha existido controversia alguna a nivel individual, sino tan sólo la reacción natural de la actora, frente a la negación de la Administración, de lo que ella cree constituye un derecho subjetivo a su favor: la concesión de la nacionalidad española, por creer reúne los requisitos exigidos para ello.*

*Se plantea aquí, por lo dicho, un enfrentamiento directo entre un particular y la Administración, que emite una resolución —la impugnada—, constitutiva de un auténtico acto administrativo, conforme viene siendo definido por la doctrina científica y la jurisprudencia, dictado tras de seguir un procedimiento administrativo también, según específicamente se le considera en el artículo 1.7.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, sin que sea óbice a lo expuesto el hecho de que el derecho material aplicado se encuentre ubicado en el Código Civil (art. 20), pues: 1.º en la aplicación del mismo en el presente caso, para denegar la nacionalidad interesada, se echa mano del motivo de "orden público", en el previsto, lo que es un claro concepto jurídico indeterminado, pero de naturaleza político-administrativa, más que civil; 2.º la ubicación del problema de la nacionalidad en el Código Civil (Libro Primero: De los españoles y extranjeros), más que responder a la verdadera naturaleza de la institución, constituye un tributo a la tradición romano-napoleónica y a la sistemática a que la misma respondía, como lo prueba el hecho de que autores como Savigny no la siguieran, lo que fue secundado por un Código tan avanzado técnicamente (con alguna variante) como el BGB alemán; 3.º una prueba del carácter constitucional y político de la nacionalidad nos la ofrecen la mayoría de las Constituciones de los Estados modernos, tratando la misma de forma relevante al referirse al *status* de los nacionales y extranjeros, como ocurre en nuestra Constitución de 1978 (capítulo I de su Título I).*

Lo dicho quiere decir que *debe prevalecer la naturaleza de la institución sobre la sede en que aparezca situada en el ordenamiento jurídico; razón por la que unida a la naturaleza del órgano actuante, inequívocamente administrativa (la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia), a la del acto residenciado en este proceso y al procedimiento seguido para su formación dan por resultado el que haya que considerarse que tal acto es revisable jurisdiccionalmente por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, como comprendido en el artículo 1.1 y 2.a) de nuestra Ley procesal. Por lo tanto, al no entenderlo así el Tribunal de la Audiencia, y declarar la inadmisibilidad del recurso en la Sentencia que nos ocupa, obró*

de forma contraria a derecho, lo que debe ser subsanado mediante la revocación de la misma.» (*Sentencia de 7 de junio de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6606.*)

B) *Acto político.*

Aun sin mencionarlo expresamente, reconoce el carácter de acto político no susceptible de fiscalización a la iniciativa legislativa del Gobierno.

«En tal sentido, conviene eliminar desde ahora mismo cualquier posibilidad de forzar o condicionar el ejercicio de la potestad legislativa que corresponde con carácter exclusivo a las Cortes Generales, cuerpos colegisladores en los cuales la Constitución residencia directa e inmediatamente la soberanía popular, aun cuando de ella emanen también los demás poderes del Estado, pero de forma mediata y con una representatividad de segundo grado (artículos 1, 66, 99 y 117). Por otra parte, la iniciativa legislativa se encomienda al Gobierno, al Congreso y al Senado, enumeración limitativa y excluyente de cualquier otra modalidad, salvo la popular y la posibilidad de petición o propuesta que se permite a las Asambleas de las Comunidades Autónomas (art. 87). El uso de tal iniciativa por el Poder Ejecutivo tiene un talante absolutamente discrecional por consistir en una decisión que ha de tener como componentes no sólo los factores sustantivos, sino también otras circunstancias como la conveniencia o utilidad pública y la oportunidad. En suma, se trata de medidas que —en este caso— se encuadrarían por derecho propio en el ámbito de la política interior del Estado, cuya dirección es competencia privativa del Gobierno (art. 97).

En consecuencia, el engranaje de las instituciones impide que la potestad de juzgar, propia de los Jueces y Tribunales, únicos titulares del Poder Judicial, se extienda e inmiscuya en las funciones reservadas constitucionalmente a los demás Poderes, lo cual quebrantaría el principio de la separación e independencia recíproca que está siempre latente y a veces explícito en nuestra Ley de Leyes. Este Tribunal Supremo no puede, pues, constreñir al Gobierno para que ejercite la iniciativa legislativa, aunque se dieran plena e inequívocamente los supuestos descritos en el artículo 14 de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales. En tal hipótesis, la obligación de suprimirla mediante una norma derogatoria, norma debida, sólo puede ser exigible y exigida parlamentariamente, nunca judicialmente, desde las Cámaras a las cuales corresponde no sólo legislar, sino controlar la acción política del Gobierno (artículo 66). Finalmente, estas mismas reflexiones nos llevan a la conclusión de que la inactividad legiferante no puede ser sustituida por un pronunciamiento judicial en el cual se declare la ilegalidad de la tasa por desaparición de su fundamento o desviación de su destino.» (*Sentencia de 1 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7101.*)

C) *Desviación de poder.*

1. *Se aprecia el vicio del acto administrativo tras reducir el margen de discrecionalidad de la Administración.*

«La Administración y la Cooperativa han insistido, en las dos instancias jurisdiccionales, en que no puede existir desviación de poder desde el momento en que, al resolverse la alzada, se dice que todas las cuestiones relativas al contrato entre la Cooperativa e Hidroeléctrica Española, y al derecho de aquélla a que se le suministre la potencia que pida, a precio de consumidor directo, no pueden ser objeto de pronunciamiento en el presente expediente; pero esto mismo indica que la primera resolución (la del Director General de 16 de octubre de 1979), que sí se pronunció sobre tales cuestiones, decla-

rando que la Cooperativa, en virtud de lo dispuesto en los artículos 11 y 115 del Reglamento de 1978, tenía derecho al suministro de toda la potencia que solicitase, a precio de consumidor directo, y que es nulo el contrato entre ella e Hidroeléctrica Española en cuanto, vulnerando tal derecho, limita la potencia a suministrar, si incurrió en desviación de poder, puesto que la potestad de que gozaba para la resolución del expediente, por muy discrecional que fuese, no podía utilizarse (como resulta de la propia resolución de alzada) para pronunciarse sobre tales cuestiones —ajenas al expediente— en beneficio de los intereses privados de la Cooperativa solicitante, aparte de que tal pronunciamiento, además de invadir atribuciones de la jurisdicción ordinaria —pues la propia Dirección General decía que estaba reservado por completo a tal jurisdicción la interpretación y fijación del alcance del contrato entre Hidroeléctrica Española y la Cooperativa—, era erróneo, puesto que basta cotejar los artículos 11 y 115 del Reglamento de Cooperativas de 1978 con los 51.2 de la Ley de 1974 y 50 del Reglamento de 1971 para comprobar que aquéllos nada innovan, sino que se limitan a reproducir lo ya establecido en los citados artículos 51.2 de la Ley de 1974 y 50 del Reglamento de 1971 (cuyo alcance fijó definitivamente la Sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1978, cuya doctrina, por tanto, conserva plena vigencia después del Reglamento de 1978), y, en consecuencia, la afirmación de la Dirección General, en el sentido de que "la separación del criterio utilizado hasta la fecha es derivado de la variación de los condicionamientos legales", resulta también totalmente inaceptable; razones todas ellas suficientes para concluir que la citada resolución de 16 de octubre de 1979 fue contraria a Derecho e incurrió en desviación de poder, y para acordar su anulación.

Y también resulta contraria a Derecho la resolución de alzada, que confirmó la de la Dirección General (por decirlo con palabras textuales de la Sentencia apelada) "utilizando en un sentido meramente formal" ("por ausencia de base fáctica") la normativa que otorga facultades discrecionales; porque, en efecto, en ello se incurre cuando, tras decir que la única cuestión a resolver es la de si procedía o no otorgar la autorización solicitada, previa la ponderación de la oportunidad y conveniencia de la instalación a que se refería, sienta la conclusión inmediata de "que si la Dirección General de la Energía, dada su facultad discrecional a la hora de autorizar la instalación que nos ocupa, ha considerado que procede su autorización se ha de aceptar dicho criterio". Esto no es discrecional, sino arbitrariedad —vedada a la Administración en el art. 9.3 de la Constitución—. El criterio de la Administración está sujeto, en todo caso, a revisión ante los órganos de esta jurisdicción (arts. 103.1 y 106.1 de la Constitución), y aquélla no puede limitarse a invocar genéricamente una potestad discrecional para justificar su criterio; debe exponer, en cada caso, cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, determinan que la decisión deba inclinarse en el sentido por ella elegido (y no por otro de los, en cada caso, posibles). En tal sentido, es constante e inequívoca la jurisprudencia de todas las Salas de este Tribunal Supremo —Sentencias de 2 de junio de 1967; 11 de diciembre de 1973; 6 de febrero de 1974; 27 de febrero, 6 y 22 de marzo de 1975, y 17 de febrero de 1981, por no citar más—, que en congruencia con el precepto del artículo 43.1.C) de la Ley de Procedimiento Administrativo (aunque trascendiendo el carácter meramente formal de este precepto) acentuó tal necesidad cuando la resolución se separa de los informes previos a la misma y de los criterios aplicados con anterioridad en casos idénticos o análogos; y, en este caso, el único informe previo a la resolución, además de hacer constar que todos los precedentes eran contrarios a la autorización de instalaciones análogas, informarle desfavorablemente la solicitud especificando que también habían sido informados desfavorablemente la de los cuatro Centros (CTI) a los que habría de servir la instalación solicitada, y que si tales Centros se denegaban tal instalación quedaría inoperante y no serviría para nada; y dado que (como hemos visto en el fundamento tercero) no es aceptable la afirmación de la Dirección General en el sentido de que la separación del criterio

utilizado hasta la fecha pudiera justificarse en una (inexistente) "variación de los condicionamientos legales", y no habiéndose aludido tampoco a ninguna circunstancia de hecho sobrevenida que pudiera justificar las alegadas "oportunidad y conveniencia" de la autorización, procede confirmar la Sentencia apelada en cuanto anuló los actos impugnados.» (*Sentencia de 8 de noviembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7083.*)

2. *La condición de no poseer otra vivienda para ser adjudicatario de una del IRYDA tiene como finalidad la de evitar abusos. Constituye desviación de poder aplicar esa causa de exclusión a quien, por circunstancias personales —ser padre de 17 hijos—, tiene causa justificada para no cumplir aquella condición.*

«En principio sería la correcta la susodicha tesis de la Administración demandada, ya que la aceptación por el recurrente de la situación posesoria derivada de la originaria adjudicación provisional implica el sometimiento en su día a las bases del concurso-subasta que hasta muchos años más tarde no cuidó de celebrar el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, concretamente hasta 9 de mayo de 1979, en que, con común referencia a otros edificios y viviendas, se publicó mediante anuncio en el "Boletín Oficial del Estado"; y, según consta en la resolución recurrida, la exclusión del hoy demandante y apelante obedeció a que por propia confesión en la solicitud poseía otra vivienda en Albacete, incurriendo así en la correspondiente incapacidad para obtener la adjudicación definitiva en el Acuerdo resolutorio del susodicho concurso-subasta. Pero, al razonar de este modo, la Administración no tiene en cuenta que *la confesión no puede dividirse en perjuicio de quien la presta* (art. 1233 del Código Civil) y, por lo tanto, unido ello a que nada opone la Administración con el consiguiente valor de reconocimiento por su parte, debe igualmente estimarse probado, como a mayor abundamiento también resulta de la prueba aportada de oficio por la Sala, que el recurrente, durante los muchos años de habitar la vivienda en Aguas Nuevas y prestar allí a sus habitantes el servicio de peluquería, llegó a tener 16 hijos, habiéndosele adjudicado la otra vivienda en Albacete como premio nacional a familia numerosa, vivienda que, por incapacidad material de la de Aguas Nuevas y necesidad de estudios de sus hijos mayores en la capital, fue habitada por éstos; acreditándose de esta manera, corroborado por la prueba de presunciones de hecho (art. 1253 del citado Código) que la condición de no tener otra vivienda, de finalidad dirigida a evitar abusos, no es aplicable al recurrente; y, al hacerlo, la Administración incidió en la desviación de poder, calificada de causa de anulación en el artículo 48.1 y 115.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y en el artículo 83, apartados 2 y 3, de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, como discordancia teleológica entre la cláusula de las bases de referencia y el resultado de la exclusión del actor de la adjudicación definitiva, la cual causa queda comprendida, en el propio sentido de las alegaciones fácticas del actor, y actuable aquí a tenor del principio *iura novicuria (sic)*. Esto aparte de que en la interpretación de aquella cláusula debe predominar el factor finalista (art. 3.1 del Código Civil), por lo que basta la exposición de las referidas circunstancias personales y familiares del recurrente para evidenciar la vulneración que de los actos recurridos también resulta el principio de equidad acogido en el artículo 3.2 del Código mencionado.» (*Sentencia de 9 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6074.*)

D) *Motivación.*

La falta de motivación sólo produce la anulación del acto cuando la misma haya producido una situación de indefensión al interesado.

«Tampoco se puede acoger la alegación de nulidad de la resolución administrativa impugnada por vulneración de los apartados a) y b) del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por falta de motivación de aquélla; dado que la anulación de los actos administrativos por falta de motivación hay que relacionarla con el apartado 2 del artículo 48 de la propia Ley [no con el 47.1c) de ella, como expresa el recurrente], y, por tanto, para que pueda accederse a anular un acto administrativo por falta de motivación del mismo es indispensable que esa carencia haya producido una verdadera situación de indefensión al interesado afectado por el acto, requisito esencial que en el caso actual no se ha producido, ya que si bien la resolución del Gobernador Civil impugnada no es paradigma de acto motivado, sin embargo, el mismo alude a los informes emitidos, y por encima de todo razona "que la solicitud se ajusta a los requisitos establecidos en el artículo 78 del Decreto número 4104/1964, de 24 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos" (que es, como hemos visto, el requisito decisivo que debe concurrir para que se pueda acceder a una petición de derribo), lo cual es motivación suficiente, ya que es la esencial para dar fundamentación legal al acto; siendo, por lo demás, evidente que el recurrente no ha experimentado indefensión alguna por esta causa, como lo prueba el hecho evidente de que en vía administrativa recurrió el acto sin que ni siquiera alegara indefensión.» (Sentencia de 5 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7803.)

E) *Publicación.*

La publicación en el «Diario Oficial» de una convocatoria de concurso de méritos debe incluir las bases correspondientes y el temario sobre el que versarán las pruebas, no siendo suficiente la indicación en la publicación oficial de que tales extremos se hallan expuestos en un tablón de anuncios.

«El primero de los mencionados problemas —extensión o intensidad de la publicidad— obliga a examinar si es necesaria la inclusión de las "bases" de la convocatoria en el texto publicado en el "Diario Oficial" o si, por el contrario, basta con que éste contenga la simple indicación del lugar en que estén "expuestas las bases reguladoras de la convocatoria", como expresamente señala el artículo 1.º de la Orden de 31 de enero de 1983 del Departamento de Gobernación de la Generalitat.

Planteando ante todo la cuestión en el terreno del Derecho específicamente catalán, el punto de partida ha de ser la Ley 4/1981, de 4 de junio, cuyo artículo 4.º señala que la contratación de personal en régimen de Derecho Administrativo se llevará a cabo por "concurso público de méritos", debiendo constar en la convocatoria "la tabla de méritos que se considerará".

Para interpretar este precepto —art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil— habrá que atender fundamentalmente a su espíritu y finalidad: es claro que la publicidad tiene por objeto hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento de la existencia y características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo oportuno respecto de su concurrencia. Teniendo en cuenta que dichos interesados pueden no residir en la localidad donde radica el organismo en cuyo tablón de anuncios se exponen las bases —para su conocimiento podrían verse obligados a hacer

un viaje—, hay que concluir que la finalidad del precepto se logra mejor insertando las propias bases en el texto a publicar en el "Diario Oficial".

La conclusión expuesta se corrobora atendiendo a la realidad social del intenso paro hoy existente, que amplía el número de los posibles interesados. Y se confirma, aún más intensamente, si se piensa que la publicidad a través del "Diario Oficial" es un factor de igualación —art. 9.2 de la Constitución—; la difusión del periódico oficial, con inclusión de las bases, hace innecesario el viaje —o las gestiones especiales— de los no residentes en la localidad en que se halla el tablón de anuncios, contribuyendo, por tanto, a eliminar diferencias por razón de la residencia.

Importa añadir que la citada Ley catalana fue desarrollada por el Decreto 166/1981, de 25 de junio, cuyo artículo 7.2 establece que "las convocatorias incluirán las bases correspondientes", y habiendo dicho antes —art. 7.1— que *es la convocatoria lo que se publica en el "Diario Oficial", de ello se sigue que tal publicación comprende en su contenido a las mismas bases.*

El propio Decreto advierte que cuando se prevea la celebración de pruebas selectivas —art. 7.2.f)— "se publicará, juntamente con la convocatoria, la descripción de las aludidas pruebas y, en caso de que se tengan que realizar en base a un temario, se publicará éste como anexo". Este es precisamente el supuesto litigioso, en el que existen pruebas selectivas a llevar a cabo y temario concreto (folios 4 y ss. del expediente).

Es claro que el régimen jurídico de publicidad establecido en la Ley 4/1981 y Decreto 166/1981 no podía quedar restringido por virtud de la Orden de 31 de marzo de 1983 —principio de la jerarquía normativa del art. 9.3 de la Constitución—, lo que por sí solo resuelve el problema planteado sin necesidad de salir del terreno del Derecho catalán, ni, por tanto, de acudir a los criterios básicos del Derecho estatal (art. 149.1.18 de la Constitución).

Con ello basta para desestimar el recurso de apelación.» (*Sentencia de 26 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 5986.*)

F) Silencio positivo.

El silencio positivo en las licencias de apertura de establecimiento puede operar, aun sin haberse acompañado a la solicitud la documentación preceptiva, si la Administración no exigió subsanar el defecto y, además, tenía conocimiento por otros medios de la actividad que se pretendía desarrollar.

«Resulta evidente que en el caso del cementerio de coches, del que es titular el señor A., concurren todos los condicionamientos necesarios para que, efectivamente, deba de entenderse que *su actividad había obtenido licencia por silencio positivo a la fecha en que le fue denegada*, ya que, siendo indudable que había transcurrido el plazo reglamentario para obtenerlo —aun cuando se considerara que el mismo lo interrumpiese el expediente general relativo a los cementerios de coches existentes en el término municipal—, a este hecho jurídico no cabe objetarle que su cómputo no pudo iniciarse por no haberse acompañado a la solicitud la documentación preceptiva, ya que, si el Ayuntamiento hubiera apreciado algún defecto en este sentido, pudo y debió ponerlo de manifiesto al solicitante para que lo subsanara conforme al precepto contenido en el artículo 9.1.4.º del Reglamento de Servicios, siendo de notar, además, a este respecto que el Ente local tampoco puede alegar con éxito que ignorara cuál era el contenido real de la actividad a desplegar con la licencia; primero, porque el propio Secretario General de la Corporación certifica que el epígrafe tributario municipal de las tasas por licencia de apertura se adecúa a las tarifas de licencia fiscal del Impuesto Industrial, y en las mismas no existe mención expresa a "cementerio de coches o desguace de coches", pero que habida cuenta que tal actividad no es más que un acto

preparatorio o intermedio para llegar a la verdadera calificación del negocio, tanto en la licencia fiscal como en licencia de apertura viene aplicándose el epígrafe 646.21, que corresponde a "venta al menor de metales viejos procedentes de desguace de vehículos, automóviles, etc.", y, segundo, que la realidad de la actividad para la cual se pedía licencia le constaba, además, en todo caso al Ayuntamiento por el informe sanitario emitido por la Inspección y Disciplina Urbanística en 2 de marzo de 1982, y al que ya se ha hecho referencia.» (*Sentencia de 1 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6404.*)

G) *Ejecutividad.*

Vid. XIII. VIVIENDA. (*Auto de 7 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6418.*)

III. CONTRATOS

A) *Enriquecimiento injusto.*

La responsabilidad personal de las autoridades y funcionarios que contraten irregularmente con empresarios la puesta en marcha de obras no exime a la Administración de la obligación de pago, aplicándose al caso las figuras de la gestión de negocios ajenos y del enriquecimiento sin causa.

«Aplicando la anterior doctrina ha de llegarse a la conclusión de la obligación de la Administración de satisfacer a la entidad apelante el importe de las obras realizadas por la misma. Efectivamente, como la Administración considera que el Director General que encargó a la apelante la realización de las obras no era órgano competente, es claro que puede ser aplicada la figura del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos sin mandato y aunque se entendiese que la Administración no ha ratificado expresamente la gestión del apelante es lo cierto que se está aprovechando de las ventajas de la misma, es decir, de las obras realizadas, por lo que, a tenor del artículo 1893 del Código Civil, debe satisfacer su importe, y ello con fundamentos, además, en el principio general del derecho de la prohibición de enriquecimiento injusto que late, igualmente, en la entraña de los cuasi contratos.

A la anterior conclusión no puede ser obstáculo la alegación de la Administración de la inexistencia de vínculo obligacional por incumplimiento de las formalidades previstas en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento para la celebración de los contratos de obras, pues es lo cierto que el propio párrafo 2.º del artículo 125 del Reglamento considera a los contratos así celebrados como negocios irregulares, pero no como negocios inválidos, amén de que, aunque al considerarse ineficaz el vínculo obligatorio por los defectos formales apuntados, su alegación por la Administración como medio de eximirse del pago de las obras constituye un abuso de nulidad por motivos formales contraria al principio general de la buena fe, sancionado por el artículo 7.º del Código Civil, de aplicación, igualmente, en las relaciones entre la Administración y el administrado, no pudiendo tampoco aceptarse la cita que del segundo párrafo del artículo 125 del Reglamento hace la Administración en las resoluciones originariamente impugnadas, según el cual, las autoridades y funcionarios que contraten con empresarios la puesta en marcha de obras sin cumplir los requisitos exigidos por el propio Reglamento serán personalmente responsables de los pagos derivados del negocio irregular, pues tal precepto no puede interpretarse en el sentido de que exima a la Administración de los pagos, sino que lo que establece es la obligación personal al

hacerlos, si no lo hiciera la Administración, las referidas autoridades y funcionarios, pues la interpretación de la obligación exclusiva por parte de estos últimos, y nunca de la Administración, tampoco podía ser aceptada, ya que tal precepto del Reglamento no tiene apoyo en la Ley de Contratos del Estado a la que desarrolla, y como simple norma reglamentaria no podría tener aplicación, en esta última interpretación, porque violaría el principio general del enriquecimiento sin causa, ya que la Administración obtendría un beneficio patrimonial a costa del patrimonio de tales autoridades y funcionarios, que sufrirían así una sanción económica por un hecho que ninguna Ley tipifica como infracción administrativa, lo que colisiona frontalmente en el artículo 25 de la Constitución.» (Sentencia de 15 de octubre de 1986, Sala 3.º, Ar. 6046.)

B) Administración Local. Intereses de demora.

A falta de disposición expresa en las cláusulas del contrato, es aplicable a los celebrados por las Corporaciones Locales el tipo de interés del 8 por 100 (art. 45 Ley General Presupuestaria), siempre y cuando el análisis casuístico no permita deducir del silencio contractual la voluntad de remitirse al tipo del 4 por 100 (art. 94.2 RCCL).

«No es posible aceptar que en todo caso, en términos absolutos y de modo general, sin matización alguna, el tipo de interés de demora, en cuanto supletorio o a falta de cláusula expresa, sea el de 4 por 100 en aplicación literal del artículo 94.2 del Reglamento de Contratos de las susodichas Corporaciones Locales, pues ello no es concordante, en primer lugar, con el artículo 14 de la Constitución, ya que, siendo idéntica la causa jurídico-contractual, resulta contraria a la igualdad constitucional la situación de quienes contratan con aquellas Corporaciones que quienes lo hacen con el Estado; en segundo lugar, los factores hermenéuticos de adecuación a la realidad socioeconómica del tiempo en que se aplica dicho artículo 94.2, y el teleológico de indemnización restauradora del equilibrio económico o "id quod interest" perturbado por la demora en el pago contractual, quedarían desplazados, e incluso desvirtuados, por el enriquecimiento injusto derivado de aplicaciones actuales del cuestionado tipo del 4 por 100 (disp ad. 2.º del susodicho Reglamento en relación con el artículo 1289, párrafo 1.º, in fine, del Código Civil sobre aplicaciones favorables a la mayor reciprocidad de prestaciones), y, en tercer lugar, el juego económico de la oferta y la demanda en la contratación local produciría tendencias proclives a benévolos tratamientos compensatorios en los importes de certificaciones de demorado pago, así como también proclives a silenciar en los contratos tasas expresas de intereses de demora, con consecuentes incursiones subyacentes en el fraude de la Ley (art. 6.4 del Código Civil). Observaciones hermenéuticas que, teniendo en cuenta la válida existencia en el Ordenamiento jurídico de los dos antes examinados tipos de intereses de demora, llevan a la conclusión de que también en el ámbito de la contratación de las Corporaciones Locales es aplicable el tipo de interés del 8 por 100 en función casuística de las circunstancias determinantes de silencio en el contrato de un tipo de interés de demora expresamente establecido. Conclusión que no es contraria al principio de seguridad jurídica —art. 9.1 de la Constitución—, antes bien lo salvaguarda, toda vez que para su garantía es la Corporación quien, como parte en contratos incursos en la modalidad de los llamados de adhesión, debe introducir cláusula expresa en tal sentido, excluyendo así inseguridades de ejecución.» (Sentencia de 19 de septiembre de 1986, Sala 4.º, Ar. 6077.)

IV. DOMINIO PÚBLICO

Responsabilidad de los particulares por daños causados al mismo. No puede exigirlos la Administración directamente, debiendo acudir a los Tribunales Civiles.

«La cuestión objeto de este proceso, correctamente planteada por la Sala de Instancia de la Audiencia Territorial de Oviedo, al amparo del artículo 43 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, y resuelta por la Sentencia apelada declarando nulos los Acuerdos del Ayuntamiento de Oviedo de 17 de noviembre y 26 de diciembre de 1983 por los que se requirió a la demandante apelada en este recurso, para que hiciera efectivo el importe por valor de 2.453.072 pesetas de las obras de emergencia realizadas para la reparación de unos daños ocasionados a un colector, sito en la prolongación de la calle Velázquez de la capital ovetense, cuya rotura se imputó a dicha Empresa y originó las consiguientes molestias y puso en peligro las condiciones higiénico-sanitarias del vecindario, y la desestimación del recurso de reposición, respectivamente, se centra en determinar si la Administración tiene potestad para determinar la incidencia de culpa o negligencia en los actos u omisiones atribuidos a un administrado causante de daños o perjuicios para los bienes de dominio municipal y fijar la correspondiente indemnización de resarcimiento a cargo de quien, a su juicio, sea responsable de tales daños, a cuyo efecto procede afirmar que, aun en el supuesto de estar probada una relación de causa a efecto entre una acción u omisión culposa o negligente y los daños inferidos a bienes de dominio público de uso general o afectos a un servicio público, la Administración carece de facultad para determinar una responsabilidad de naturaleza civil y la consecuente exigencia de una reparación indemnizatoria, al no estar prevista como competencia de la Administración la que corresponde a la Jurisdicción Ordinaria decidir en el pertinente proceso civil; por lo cual, en el caso de estimar probado que a la Empresa recurrente le es imputable la rotura del colector y sólo a ella, con independencia de la concurrencia de otros vertidos de tierras en la finca bajo cuya superficie discurría el meritado colector por otras empresas, y el hecho de que ese desagüe se encontraba en mal estado de conservación, como quedó acreditado en la prueba pericial practicada en los asuntos de Primera Instancia, el Acuerdo Municipal impugnado no se halla ajustado a Derecho, y en base a los fundamentos expuestos en la Sentencia apelada procede confirmar su pronunciamiento anulatorio por incompetencia del Ayuntamiento de Oviedo para resolver una cuestión indemnizatoria de naturaleza civil; nulidad de los acuerdos impugnados fundada en el artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo; doctrina acorde con la expuesta en la Sentencia de 17-4-75 de este Tribunal: "respecto a la incompetencia de las Corporaciones Locales para entender en materia propia de la Jurisdicción Civil cual es la responsabilidad por los daños de un particular en bienes de dominio público municipal".

El escrito de alegaciones formulado en esta apelación por la representación del Ayuntamiento de Oviedo se funda en que la responsabilidad de la Empresa recurrente dimana del hecho de haber realizado unas obras sin tener licencia municipal, exigible según lo dispuesto en el artículo 178 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo de 9-4-76 y 1.º de su Reglamento de Disciplina Urbanística; responsabilidad basada en una infracción urbanística (art. 225 de dicho Cuerpo Legal), lo que comporta la imposición de sanciones, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios por el infractor, y la demolición de las obras a costa del interesado (art. 184), alegación carente de fundamento en este supuesto por no haberse tramitado ningún expediente sancionador por los hechos imputados a la sociedad recurrente, apelada en esta Instancia, e impuesto sanción alguna; así como tampoco por el Ayuntamiento se procedió a suspender las obras de relleno y explanación que se realizaban sin licencia, y para las que, según la Corporación Municipal apelante,

tenía "FOCSA" permiso de la Comunidad de Propietarios de la calle Velázquez, denunciante de la rotura del colector, ni concedió a aquélla el plazo de dos meses para legalizar las obras, ni le indicó las condiciones que debieran observarse para dichas obras cuya observancia sí podría haber dado lugar a un pronunciamiento de imposición de resarcimiento de los daños causados, sin que por la Administración apelante se haya alegado que en relación al sitio en que se verificaron las obras existía una norma de carácter técnico no cumplimentada y que ésta fue la causa de los daños; siendo, en consecuencia, la conducta de la demandante, ajena al incumplimiento de cualquier condicionamiento administrativo, salvo el formal de no tener el correspondiente permiso municipal en el caso de ser causante de la rotura del colector; atribuible a una falta de diligencia determinante de una responsabilidad extracontractual al margen de cualquier relación de derecho preestablecida con la Administración, y por ello incardinada en el supuesto de responsabilidad "aquiliana" del artículo 1902 del Código Civil, resultando intrascendente para calificar esa conducta el que estuviera o no en posesión de licencia municipal; sin perjuicio del derecho y deber del Ayuntamiento de Oviedo de ordenar la reposición de la realidad física, alterada con el relleno de la finca con tierras procedentes de las obras de acceso que realizaba "FOCSA" a la "Autopista 66" y su explanación, en el correspondiente expediente por infracción urbanística formal: el carecer de licencia para dichas obras, que guarda relación con los daños causados al meritado desagüe, todo ello conforme con los preceptos indicados y el artículo 51.1.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, y en el supuesto de no ser legalizable esas obras.» (*Sentencia de 13 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8034.*)

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Procedimiento.

Competencia. Alcance de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de procedimiento administrativo.

«En cuanto al primer punto, parece que la validez del Decreto impugnado no puede ser cuestionada. De los artículos 148.1.3 de la Constitución y 9.3 del Estatuto de Cataluña, así como del Real Decreto 159/1981, de 9 de enero, claramente resulta no sólo la posibilidad de que Cataluña asuma competencia en materia de vivienda —consecuentemente, en relación con la cédula de habitabilidad—, sino la efectiva asunción de esa materia. Y si la concreta materia del procedimiento para expedición de la cédula de habitabilidad venía regulada por Decreto, es claro que otro Decreto de la Generalidad puede regularla. Aparte de que en materia de procedimiento administrativo hay que estar al artículo 149.1.18 de la Constitución, el cual, aunque en primera lectura puede parecer restrictivo —lo que llevó a los autores del Estatuto catalán a intentar una discutible regulación escapista en la materia—, es de una gran flexibilidad, pues no sólo es que permite regular los aspectos orgánicos de todo procedimiento, sino que —respetando los principios de la Ley básica estatal de procedimiento administrativo, que lo es todavía hoy la preconstitucional de 17 de julio de 1958—, permite instrumentar cauces procesales inéditos cuando el adecuado a una concreta actividad administrativa no esté formalizado. Y esto porque el Título IV de la Ley estatal no regula un procedimiento propiamente dicho, sino trámites aislados a utilizar cuando lo juzgue necesario el instructor (caso de los procedimientos no formalizados) o lo establezca la norma aplicable (cuando el trámite se encuentre formalizado). Y nada hay en el Decreto impugnado que permita afirmar la existencia de contradicción con la referida Ley básica estatal de 17 de julio de 1958.» (*Sentencia de 6 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7815.*)

B) *Navarra.*

Convenio económico. Norma paccionada. La introducción de una figura tributaria nueva requiere el acuerdo del Estado y la Comunidad Autónoma.

«En consecuencia, hemos de afrontar el tema principal de esta controversia, y a tal efecto resulta inexcusable un dato temporal, la fecha de creación del canon sobre la producción de energía eléctrica mediante la Ley 7/1981, de 25 de marzo, muy posterior a la del Convenio económico ya reseñado más atrás. Por otra parte, tal canon constituye una *exacción parafiscal*, que participa de la naturaleza de los impuestos, según advierte el artículo 26.3 de la Ley General Tributaria, en relación con el 1.º de la promulgada al 26 de diciembre de 1958, para regular dichas percepciones extrapresupuestarias y atípicas.

Ambas circunstancias, cronológica y sustantiva, ponen de manifiesto que se trata de una *figura tributaria* inexistente en 1969 y, por tanto, *nueva* desde la perspectiva de la regulación paccionada del régimen fiscal navarro y su coordinación con el estatal. Es, por tanto, necesario un acuerdo de las dos partes interesadas, en virtud del propio pacto, para determinar el encuadramiento armónico en el sistema, cualquiera que haya de ser la adscripción final (Título Preliminar, 3.º y 2.º). Este procedimiento bilateral es inexcusable en todos los supuestos por razones formales, pero, aun sin ellas, la configuración del canon como exacción finalista lo exigiría igualmente. En efecto, no puede ocultarse que tiene una función redistributiva y compensadora, como consecuencia del principio de solidaridad interregional, mediante el trasvase de su rendimiento desde las zonas de mayor consumo de electricidad, urbanas y más desarrolladas económicamente, a los lugares donde se produce la energía, comarcas rurales, con un nivel de vida más bajo y un menor desarrollo. Tal función no puede ser cumplida por un canon percibido exclusivamente en Navarra, aunque se aluda a esa finalidad en la Norma enjuiciada, sin un acuerdo previo con el Estado, no posterior, según dice la misma disposición. En definitiva, la implantación unilateral contradice las cláusulas del Convenio y desconoce la finalidad inherente a esta figura tributaria, convirtiéndola en un mero instrumento recaudatorio sin la razón de ser que la sirva de soporte.» (Sentencia de 3 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7106.)

VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Convocatoria de Pleno extraordinario. La solicitud de la cuarta parte del número legal de miembros de la Corporación sólo obliga a convocar el Pleno cuando se solicita el examen de asuntos concretos y de competencia municipal.

«En el supuesto de autos el recurrente basa la pretensión de convocatoria del Pleno extraordinario en el artículo 46.2.a) de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, conforme al cual, ciertamente, la solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de los miembros de la Corporación debe dar lugar a la celebración de una sesión del Pleno, mas ello no puede entenderse, porque llevaría el absurdo, en el sentido de que hubiera de ser convocado aquél con carácter extraordinario tan pronto como se formulara la correspondiente petición fuera cual fuera la naturaleza y características de los temas que en él hubieran de ser tratados o debatidos, incluso aunque carecieran de cualquier conexión con los intereses propios de la colectividad a que alude como objetivo de la gestión de los Municipios el artículo 1.º de

la referida Ley de Bases, o con los intereses públicos a que se refiere el artículo 6 de la misma, fiel aplicación al régimen local de lo que con mayor amplitud se recoge en el artículo 103.1 de la Constitución española, con lo que quiere significarse que, lógicamente, sólo aquellas cuestiones que sean de la competencia del Pleno pueden constituir materia de examen y decisión por parte de éste, al ser aquélla la medida de la potestad que a un órgano se atribuye por la Ley y que éste no puede rebasar ni en cuanto al contenido legalmente fijado ni en cuanto al que resulta de los fines que dieron lugar a dicha atribución.

Las competencias del Pleno vienen fijadas con precisión en el artículo 22 de la mencionada Ley de Bases, y en ninguna de las que enumera tal precepto hallan adecuada cabida las cuestiones que el grupo al que pertenece el recurrente pretendió introducir en el orden del día de los Plenos solicitados, pues la ambigüedad y generalidad de los propios términos empleados —causas de retraso, medidas a adoptar, calendario previsto, inventario de carencias y definición de posición política— revelan con claridad que lo que se pretende son finalidades de información y poner de relieve ciertas supuestas deficiencias y dilaciones en orden a un examen general de la actuación del Alcalde, e incluso de los Concejales pertenecientes a un determinado grupo político, y de sus previsiones de actuación para el futuro, que, por contar con otros cauces, no resultan canalizables por la vía de los Plenos extraordinarios, propuestos además con carácter de urgencia, lo que parece incompatible con la pretensión, también formulada, de la redacción de una memoria y de la presentación de los correspondientes documentos y antecedentes que habrían de ser puestos con antelación suficiente a disposición de todos los Concejales, por lo que la resolución recurrida, al ser conforme al ordenamiento jurídico, no puede vulnerar el derecho de participación en asuntos públicos a que se refiere el recurrente, pues éste no ejercita un derecho fundamental cuando solicita con las circunstancias señaladas la celebración de dichos Plenos, al venir delimitado aquel derecho, como cualquiera otro, por lo que resulta de los fines que motivaron su reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico, que si define y atribuye poderes lo hace con apoyo en la legalidad cuyo ámbito no puede rebasar nunca el ejercicio de tales poderes, que sólo caben en servicio de los intereses públicos a que se orientan, como, por ejemplo, resulta de los artículos 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 83.2 de la Ley Jurisdiccional.

A las anteriores conclusiones no pueden ser obstáculo Sentencias del Tribunal Supremo como las de 25 de marzo y 22 de mayo de 1985, 8 de marzo y 17 de marzo de 1986, que alude a supuestos bien distintos de "mociones de censura", que también vienen contempladas en las Sentencias de 14 de julio de 1983 y 27 de marzo y 10 de octubre de 1984, y cuya votación hoy se recoge como competencia del Pleno de la Corporación Municipal en el artículo 22.3 de la Ley de Bases del Régimen Local, lo que diferencia tal cuestión de las que motivaron la resolución aquí recurrida por no estar incluidas éstas en el ámbito de competencia del Pleno y por faltar, con base en ello, un presupuesto necesario de cualquier actuación administrativa, cual es el de la atribución legal de dicha competencia en relación con lo que haya de realizarse.» (*Sentencia de 16 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7158.*)

VII. COLEGIOS PROFESIONALES

A) Naturaleza.

No ejercen funciones públicas por delegación, sino que colaboran con la Administración, en un claro ejemplo de autoadministración.

«Aunque los Colegios Profesionales tienen una dimensión pública reconocida por la Ley al definirlos como Corporaciones de Derecho público, ofrecen

también un acentuado carácter privado en cuanto sus fines esenciales son la representación exclusiva de las profesiones y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, y por eso en el caso que aquí se examina no se trata de la técnica de la delegación en el sentido que la interpreta el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, sino de colaboración de los profesionales organizados en las tareas administrativas, con lo cual abre la vía a la autoadministración, no siendo aplicable la delegación regulada en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que exige se delegue en órganos inferiores como lo acredita el apartado 3 del artículo 22 de la misma Ley, según el cual los Ministros sólo pueden delegar en los Subsecretarios y Directores Generales, y el apartado 5, que limita la delegación de los Directores Generales en los Jefes de Sección y autoridades dependientes de aquéllos, previa la aprobación del Ministro.» (Auto de 11 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8052.)

B) *Incompatibilidades.*

Se resume y profundiza la doctrina jurisprudencial que declara la incompetencia de los Colegios Profesionales para establecer incompatibilidades que afectan a sus miembros, en virtud de los artículos 35 y 36 de la Constitución.

«Que aun cuando este planteamiento, exclusivamente profesional, parezca llevar a la aceptación de la tesis colegial —arts. 1.3, 5.i) y k), 9.1.a) Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, de 13 de febrero; 3.1 Estatuto de los Colegios Oficiales de Arquitectos de España, aprobado por Decreto de 13 de junio de 1931; 25 de las Normas Deontológicas Profesionales, aprobadas en 22 de noviembre de 1971—, no podemos olvidar, de una parte, que tal incompatibilidad supone una restricción en el ejercicio de una profesión en principio libre, limitativa del derecho al trabajo de rango fundamental, según el artículo 35 de la Constitución, y que, conforme al artículo 36, debe regularse por Ley de los peculiares supuestos de profesiones colegiadas, y, de otro, que la potestad legislativa es exclusiva (art. 66.2 de la Constitución) de las Cortes Generales, tal como la doctrina del Tribunal Supremo ha venido proclamando en sus pronunciamientos sobre incompatibilidades de estos profesionales. Así, en Sentencia de 2 de febrero de 1978, partiendo de una situación fáctica (arquitectos con desempeño de funciones públicas o al servicio de la Administración Pública) y jurídica diferente (vigentes las Leyes Fundamentales), y aun aceptando los considerandos de la Sentencia apelada que reconocía (considerando 1.º) la facultad colegial de establecer nuevas incompatibilidades siempre que su establecimiento se hiciera por el órgano competente y no supusieran la violación de una norma superior, fundamenta su fallo confirmatorio del acuerdo impugnado (considerando 3.º) en que su contenido "patentiza que no se trata de establecer un régimen de incompatibilidades ni de regular o establecer causas de incompatibilidad del ejercicio de funciones públicas, ni siquiera de la profesión de Arquitecto...", al ser su objeto "el de regular el procedimiento de concesión del visado Colegial"; interpretación que se mantiene y acentúa tras la publicación de la Constitución de 1978, tal como el Tribunal Constitucional ha declarado en su Sentencia de 20 de febrero de 1984, que, aun referida a un supuesto distinto, dice que la Constitución, al remitir en su artículo 36 a la Ley de regulación en sus peculiaridades propias, "no las configura directamente como Corporaciones de Derecho Público ni les atribuye funciones relativas al ejercicio de las profesiones, limitándose a señalar, al igual que sucede con los Partidos Políticos, Sindicatos y Organizaciones Empresariales (arts. 6 y 7), que la estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos", pronunciándose en este sentido la más reciente doctrina del Tribunal Supremo —SS de 23 de enero y 11 de julio de 1984; la primera dictada en un supuesto de declaración de incompatibilidades de Ar-

quitectos con la condición de Alcalde o Concejal, y la segunda en un caso normal de "áreas de coincidencia" de Aparejadores Municipales—, de la que pueden extraerse principios generales, sin duda, aplicables al específico supuesto de este Recurso, al declarar la Sentencia de 23 de enero que *la función de velar por la "ética y dignidad profesional..." debe quedar subordinada no sólo al "derecho constitucional de participación en las funciones públicas de carácter representativo, sino al también reconocido constitucionalmente del derecho al trabajo", a lo que añade que la cuestión planteada en el Recurso —,concretamente la de determinar si tal incompatibilidad puede ser establecida como de naturaleza deontológica"— por el correspondiente Colegio Profesional al amparo del artículo 5.c) de la Ley de Colegios Profesionales ha de ser resuelta en sentido negativo atendiendo a lo preceptuado en el artículo 36 de la Constitución, conforme al cual sólo por Ley cabe regular el ejercicio de las profesiones colegiadas (entre las que se encuentran la de Arquitectos), siendo manifiesta la trascendencia que en dicho ejercicio producen las situaciones de incompatibilidades, que, en consecuencia, únicamente por Ley pueden establecerse; citando la de 11 de julio a la de 3 de octubre de 1983, que en relación con el visado de Proyectos de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, que la admitió por constar que no se estaba "... en presencia del establecimiento de una nueva incompatibilidad para el ejercicio de su profesión —extremo éste, dice, que escaparía de su competencia con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Colegios Profesionales—, sino en la aplicación concreta de una incompatibilidad legal existente".*

Por lo expuesto, sin necesidad de entrar en el problema planteado de la exégesis de unos acuerdos, que debe estimarse infringen el ordenamiento jurídico, procede la estimación de la demanda, sin que de lo actuado aparezcan motivos suficientes para estimar concurre temeridad o mala fe a los efectos de imposición de costas procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los considerandos de la Sentencia apelada.

Según destaca el propio Consejo litigante en sus alegaciones ante esta Sala, el problema primordial de la litis, decisivo si se resolviera en contra de su tesis, es el concerniente a la potestad de los Colegios Profesionales para determinar las incompatibilidades que puedan afectar a sus miembros, de acuerdo con las facultades que a aquéllos confiere el artículo 5.i) de la Ley de 13 de febrero de 1974, modificada el 26 de diciembre de 1978, para ordenar la práctica de las respectivas profesiones y velar por la ética y dignidad de las mismas.

Como razona la Sentencia recurrida, *tales incompatibilidades implican, sin duda, restricciones del derecho al trabajo que contrarían el principio de libertad formulado en los artículos 35 y 36, en relación con el 56.1 de la Constitución, los que, en consecuencia, establecen la necesidad de que estas limitaciones se dispongan por Ley, reservando a las normas de esta naturaleza la regulación del ejercicio del referido derecho fundamental y de las profesiones tituladas, de modo que, como dice la Sentencia de 20 de diciembre de 1984, los Colegios no son definidores del régimen de incompatibilidades, sino que meramente han de aplicar el sistema prescrito en el ordenamiento, contrayendo su actividad al respecto al control de la observancia de aquél, pero sin crear nuevas incompatibilidades, lo que excedería de su competencia y supondría la invasión de facultades legislativas según expresa la Sentencia de 11 de julio de 1984.» (Sentencia de 29 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6010.)*

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Declaración de utilidad pública o interés social. Anulado por resolución judicial el Plan urbanístico, que era la «causa expropiandi», deben cesar los actos expropiatorios.

«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 la 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 1346/1976, de 9 de abril, precepto que no viene sino a aplicar el principio general establecido en el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que establece el que "la utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los Planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio", y que ya 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 llevan 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 expropiatoria desencadenante alguna por desaparecer el propio acto que dio vida a la consecución de un fin o parte de ellos; es decir, que, ciñéndonos al supuesto concreto del presente recurso, si por la expropiación cuestionada se lleva a efecto la ejecución del Plan Parcial 13 del Ayuntamiento de Valencia, el cual, a tenor del transcrito precepto artículo 64 del texto refundido de la Ley del Suelo, es la causa legitimadora de aquélla, como así se deduce incuestionadamente 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 la 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 Nacional número 13 de Valencia, aprobación que dejamos sin efecto", y, asimismo, consta el que contra dicha Sentencia se formuló recurso de apelación número 46/487 ante el Tribunal Supremo, correspondiendo a su Sala Cuarta, la 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 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sobre aprobación del Plan Parcial número 13 de Valencia, debemos confirmar y confirmamos dicha Sentencia en todas sus partes...", luego es evidente que el 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 llevaron a efecto en el expediente administrativo referidos a la recurrente, por lo que han de quedar anuladas al respecto en tanto en cuanto afecten a la actora.» (*Sentencia de 29 de diciembre de 1986, Sala 5.ª, Ar. 7629.*)

IX. SANCIONES

Ejecutividad.

La Sala aplica la doctrina contenida en el Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1986, relativa a la ejecutividad de las sanciones administrativas y la eventual vulneración del artículo 24 CE, así como a su invocación en el proceso especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

«Como resulta de los antecedentes de hecho, el tema debatido en el proceso se concreta en si, tal como decidió la Sentencia apelada, la Resolución del Ministerio de Administración Territorial de fecha 23 de octubre de 1985, que impuso a don Lisardo R. R. la sanción disciplinaria de destitución pura y simple de su cargo del Ayuntamiento de Negreira, infringió, en cuanto a su particular extremo de disponer el cese inmediato, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido y amparado por el artículo 24.1 de la Constitución o si, según alega el apelante Letrado del Estado, tal acuerdo de cese inmediato en el cargo es consecuencia del principio legal de ejecutividad de los actos administrativos, lo cual revelaría la inexistencia de aludida infracción.

Ha venido siendo doctrina jurisprudencial, representada por las Sentencias de la Sala 5.ª de 17 y 21 de julio de 1982 y de las de esta Sala 3.ª de 20 de febrero, 25 de abril y 20 de junio de 1985 y de 11 de junio de 1986, la de que el extremo particular, concreto, de una Resolución administrativa acordando la ejecución inmediata de sanción impuesta a un funcionario sin haber adquirido el carácter de firme —máxime si se trata de cese por separación o destitución— constituía actuación administrativa violadora del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido y amparado por el artículo 24.1 de la Constitución.

Posteriormente, esta doctrina ha sido modificada por la contenida en el Auto del Tribunal Supremo en Pleno de fecha 17 de octubre del corriente año 1986, recurso contencioso-administrativo número 96/86, cuyos términos literales en lo que aquí interesan son: "El ámbito objetivo del presente proceso está constituido única y exclusivamente por la impugnación de la ejecución inmediata del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 2 de julio de 1986, que pone término en vía administrativa a un expediente disciplinario en el que se ha sancionado, al ahora recurrente, a la separación del servicio." Es decir, que no es objeto del presente recurso —sino del otro interpuesto por el trámite ordinario de la Ley de 27 de diciembre de 1956— la revisión jurisdiccional de la procedencia o no de la sanción impuesta, sino sólo su inmediata ejecución. La concreción del derecho a la tutela jurisdiccional que proclama el artículo 24.1 de la Constitución (derecho fundamental que se alega conculcado y que parte de la doctrina científica entiende que se irradia en tres estadios: el acceso a la jurisdicción, el derecho a un proceso con la observancia de determinadas garantías y el derecho a la efectividad de la Sentencia), operando en el terreno de la potestad sancionatoria de la Administración, sólo se proyecta en dos únicas vertientes, a saber: el derecho al acceso a la Jurisdicción y la traslación de los principios y de las garantías previstas en el citado artículo 24 al procedimiento administrativo sancionador, destacándose entre éstas el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, esta última en sus dos facetas de implicación de una regla de juicio en lo que a la prueba atañe y en un especial tratamiento del inculpado o imputado, que impide que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada. Mas si el derecho al acceso a la Jurisdicción no ofrece duda, y el acto o disposición que impida la revisión jurisdiccional supone de plano una vulneración del derecho a la tutela efectiva, respecto de la segunda —la traslación de los principios y garantías procesales a los

procedimientos administrativos sancionatorios— no aparece tan diáfana, pues éstas no constituyen propiamente derechos fundamentales según la literalidad del precepto constitucional, por lo que si bien serían aducibles en un proceso de naturaleza ordinario, al no tener la consideración de derechos fundamentales, mal cabría su incardinación en el proceso de garantía jurisdiccional de derechos de tal índole, no resultando procedente su invocación en un recurso de carácter excepcional como es el de la Ley 62/78, pues el Acuerdo recurrido ni ha interferido el acceso a la Jurisdicción, ni la traslación de las garantías procedimentales inherentes al derecho fundamental al que venimos haciendo mención (y que, en definitiva, queda concretado en lo que en la terminología anglosajona se denomina *due process of law*) ha podido ser transgredida por la ejecución inmediata del Acuerdo sancionador —única materia objeto del presente recurso—, ya que, cuando tal ejecución se decreta, lo es en el momento de la resolución de un recurso de reposición formalizado contra el Acuerdo de sanción, y el expediente o proceso sancionador —como tal— ha concluido por haberse agotado las distintas fases que lo integran y únicas en donde cabría hacer la extensión o traslación de las garantías procedimentales, a que nos hemos referido, en aplicación del contenido material del derecho fundamental a la tutela efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que no se produce, ni puede producirse, *prima facie*, la violación constitucional que se denuncia: "... si la ejecutividad de los actos no es un derecho fundamental específicamente recogido en el ámbito de los derechos de especial protección que señala el artículo 53.2 de la Constitución, sino el efecto de aplicación de unas normas de distinto carácter, la materia objeto del presente recurso no es incardinable dentro del marco de la Ley 62/1978, de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, por no tener dicha materia recurrida el rango de derecho fundamental, debiendo de enjuiciarse, en su caso, en el proceso ordinario".

Ateniéndose la Sala, y para este supuesto específico, a lo expresado por dicho Auto del Tribunal Supremo en Pleno, la conclusión que se impone es la de estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Estado, revocar la Sentencia apelada y, consecuentemente, desestimar el recurso contencioso-administrativo que don Lisardo R. R. interpuso por el proceso especial de la Ley 62 de 1978, contra el extremo de la Resolución del Ministerio de Administración Territorial de 23 de octubre de 1985, que acordó su cese inmediato en el cargo de Secretario del Ayuntamiento de Negreira como consecuencia de la sanción disciplinaria de destitución pura y simple impuesta en la misma. Ha de tenerse en cuenta que en el hecho cuarto de la Demanda hizo referencia a la interposición de recurso contencioso-administrativo ordinario contra la citada Resolución sancionadora.» (*Sentencia de 24 de noviembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 6367.*)

X. LIBERTADES PÚBLICAS

Libertad de expresión.

1. *La actividad denominada «Video Comunitario» forma parte de la libertad de expresión garantizada constitucionalmente (art. 20.1 CE), no existiendo en la actualidad legislación de rango suficiente capaz de someter a autorización administrativa dicha actividad.*

«Según resulta del expediente administrativo y de las alegaciones de los litigantes, la actividad clausurada por dicha Resolución gubernativa es una actividad que se denomina Video Comunitario, consistente en la difusión de producciones cinematográficas recogidas en videogramas y transmitidas por cable coaxial a personas residentes en el Bloque de Edificios número 9 de

la Barriada de Amate, de Sevilla, recibíendolas en las pantallas de sus respectivos televisores.

El titular de esta actividad, mencionado señor M. D., se halla en posesión de Licencia Fiscal de Actividades Mercantiles e Industriales, Epígrafe 504-7, correspondiente a instalador de Vídeos Comunitarios, y Epígrafe 990-0, correspondiente a Servicio de Vídeo Comunitario Proyección de Películas de Vídeo. Los usuarios del servicio son personas concretas y previamente determinadas, con domicilio en edificios de referida Barriada, independientemente de que también puedan disfrutarlo los familiares y amigos que accedan a sus moradas.

Si la expuesta actividad de Vídeo Comunitario está referida a personas concretas y determinadas, el conjunto de estos individuos no merece la calificación de público en general ni de un sector del mismo, que tanto el artículo 1.2 y 4 de la Ley número 4, de 10 de enero de 1980, reguladora del Estatuto de la Radiodifusión y Televisión, como la Disposición adicional primera de la Ley número 46, de 26 de diciembre de 1983, reguladora del Tercer Canal de TV, exigen para considerarlo dentro del servicio público esencial de televisión cuya titularidad corresponde al Estado, porque le falta la nota sustantiva, definidora, de ser común, general y abierto a todas las personas, sin discriminación ni traba alguna. El dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Ministerio de Economía y Hacienda, fecha 28 de marzo de 1984, emitido a solicitud del Ministerio de Cultura, manifestó que la exhibición de material audiovisual realizada por Vídeo Comunitario no tiene carácter público por cuanto va dirigida a los habitantes de un inmueble, sus familiares y personas que ellos inviten y permitan el acceso a sus domicilios, los cuales son locales privados.

Cuando las Leyes 4 de 1980 y 46 de 1983 se refieren a emisiones de televisión, como funciones exclusivas de los entes públicos autorizados por el Estado, no comprenden en tal concepto a las de Vídeos Comunitarios, como tampoco a los vídeos particulares, porque mientras aquéllas se dirigen a través de ondas radioeléctricas, aéreas, a la generalidad común y total de personas, éstas únicamente llegan por cable a sujetos individuales de circunstancias específicas, tal como sucede con el sistema audiovisual de vídeos domiciliarios compuesto por el aparato vídeo, el videograma que en él se coloca y la pantalla del particular televisor que lo reproduce. De aquí el que nunca haya interferencias en las emisiones de Vídeo Comunitario; que sea el Vídeo Comunitario instrumento adecuado para la transmisión de ideas, pensamientos y opiniones grabadas en los videogramas, tanto cinematográficas como de diversos temas culturales y de mero recreo; y por ello se trata de ejercicio del libre derecho de expresión, propio y fundamental de la persona humana, reconocido y amparado por los artículos 20.1 y 53.2 de la Constitución; debiéndose recordar que el ejercicio de este derecho fundamental es para transmitir los videogramas referidos y, asimismo, para recibirlos según preceptúan los apartados a) y d) de dicho artículo 20.1.

Este derecho fundamental de la persona humana ejercido por la actividad de Vídeo Comunitario no está regulado en norma legislativa alguna. Así lo expresan claramente el aludido dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Ministerio de Economía y Hacienda, fecha 28 de marzo de 1984, y el informe de la Dirección General de Medios de Comunicación Social de la Presidencia del Gobierno, fecha 26 de abril de igual año 1984; destacando aquél la necesidad de regulación y éste que "se está elaborando la correspondiente normativa específica".

De otra parte, siendo derecho fundamental reconocido y amparado por la Constitución y no estar limitado por Ley de suficiente rango jurídico, ni resultar rebasadas las prohibiciones del mencionado artículo 20, número 5, su ejercicio es directo. Es derecho de ejercicio directo o inmediato, sin poder restringirlo la aplicación analógica de normas dictadas para la televisión pública, entre ellas la del artículo 2.º de la Ley 4 de 1980 y los 1.4 y 7 de la Ley 46 de 1983, como menos aún las de la preconstitucional Orden de 13 de marzo de 1970, referentes a exigencia de previa autorización administrativa,

porque la analogía no opera en la esfera restrictiva de los derechos, máxime si son los fundamentales de la persona. La misma Constitución nos dice, en el artículo 81, que mediante Leyes Orgánicas se regulará el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; excluyéndose, pues, las normas de insuficiente valor jurídico.

El Tribunal Constitucional, asimismo, expone, y aquí resumimos, que el artículo 20 de la Constitución consagra un derecho del ciudadano con tanto vigor como que el libre ejercicio de expresión afecta a todos los demás derechos fundamentales, y con ellos al principio de libertad que está proclamado por su artículo 1.1 con categoría de valor superior informante del Ordenamiento jurídico: Sentencia de 16 de marzo de 1981. Y que el artículo 20 de la Constitución reconoce y ampara el derecho de difundir ideas, pensamientos y opiniones, así como el de crear los medios materiales para hacer efectiva la difusión: Sentencia de 31 de marzo de 1982. Esta Sentencia trata de la interferencia entre ondas de diversas emisoras de televisión; y de ellas deducimos que la inexistencia de interferencias en los Vídeos Comunitarios no impide el ejercicio del derecho por otros Vídeos Comunitarios.

Entonces, para concluir, no siendo necesaria previa autorización administrativa para el ejercicio del derecho fundamental de expresión realizado a través de este sistema Vídeo Comunitario, resulta manifiesto que la Administración, dictando la Resolución impugnada, carecía de atribuciones para interrumpir y precintar los aparatos y elementos de Vídeo Comunitario a que se refiere el pleito, contraviniendo, por tanto, el tan citado artículo 20.1 de la Constitución española. Bien resalta la Sentencia apelada el núcleo de la cuestión: "El sistema de libertades reflejado en la Constitución parte de la base de que el ciudadano puede hacer no meramente lo que las leyes autorizan, sino todo aquello que las leyes no prohíban, siendo precisamente la Administración, y no los administrados, quien necesita contar con una cobertura legal previa para legitimar en cada caso sus actos." Consecuencia final, por tanto, es desestimar la apelación y confirmar la Sentencia recurrida.» (Sentencia de 17 de noviembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 6653.)

2. Los sistemas de vídeo comunitario, que no constituyen televisión, no pueden ser prohibidos por un mero acto administrativo.

«En una disección intelectual y abstracta pueden y deben distinguirse la libertad de expresión y el derecho a la información, dentro del conjunto configurado en el artículo 20 de la Constitución, pero desde la perspectiva de los medios para su transmisión resulta indiferente a veces tal diferencia conceptual. El contenido de aquella libertad son los pensamientos, ideas y opiniones, según el propio texto, enumeración abierta en la cual caben múltiples matices (creencias, sentimientos, ideologías y hasta prejuicios). El objeto de la actividad informativa es la noticia cuyo soporte está constituido por hechos o datos, acaecimientos de interés general y con un componente temporal: la actualidad. En consecuencia, aun cuando en ambos casos existan límites comunes, previstos en el párrafo cuarto, ofrecen también algunos peculiares, desde la misma norma constitucional, donde la información queda condicionada por la veracidad.

Ahora bien, el concepto clave de ambos es la *difusión*, según esta misma Sala tuvo ocasión de señalar años ha, que implica una actividad instrumental mediadora entre las dos posiciones recíprocas y complementarias, activa y pasiva, receptora, no pensables aisladamente, ya que no pueden existir la una sin la otra. Así resultan inseparables la comunicación y la recepción, anverso y reverso de un mismo fenómeno: el mensaje.

En definitiva, la libertad de expresión y el derecho a la información alcanzan a todos, los creadores, productores o informadores, profesionales o no, y al público en general, destinatario de la comunicación.

En este contexto se encuadra la Ley 4/1980, de 10 de enero (Estatuto de

RTVE), que califica a la radiodifusión y a la televisión como "servicios públicos esenciales", cuya titularidad corresponde al Estado (art. 1.2). Efectivamente, a renglón seguido expone el fundamento de tal configuración, y al hacerlo mezcla elementos de las libertades de pensamiento y de imprenta (como se las llamó en un principio), ya que —explica— son vehículos de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión en la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. A su vez, la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal televisivo, y llevando a sus últimas consecuencias jurídicas la calificación contenida en la norma transcrita más arriba, reserva en exclusiva al Ente público (RTVE), para todo el territorio nacional, los sistemas de emisión y transmisión, mediante cable, satélite o cualquier otro procedimiento de difusión destinado mediata o inmediatamente a la gente.

En definitiva, el servicio público de la televisión sólo puede ser explotado por la corporación *ad hoc* estatal y (art. 17) las que establezcan las Comunidades Autónomas para el llamado "tercer canal" (disposición adicional 1.ª), siendo ilegal, pues, en este ámbito cualquier actividad que realicen personas físicas o jurídicas distintas de las señaladas. Por tanto, el meollo de la actual controversia consiste en determinar, a la luz del grupo normativo analizado hasta ahora, si la actividad que se conoce como "vídeo comunitario" es televisión o es otra cosa y si está comprendida o no dentro del monopolio otorgado a la sociedad estatal concesionaria de la explotación del servicio público.

En esta línea de reflexiones, conviene centrar la atención en el elemento esencial de todo el sistema contemplado, el magnetoscopio o vídeo, con doble función, grabadora y reproductora, de libre venta y circulación en España, país que al parecer ofrece el índice más alto de usuarios en relación con su demografía. Este aparato se acopla mediante cable a cualquier receptor, para grabar, y su modalidad reproductora múltiple y simultánea —"vídeo comunitario"— no altera las características indicadas. En definitiva, no lanza ondas radioeléctricas, ni de ningún otro tipo, al espacio porque utiliza una conexión física dentro de un edificio, o un grupo de ellos, en una zona acotada. Su actividad, pues, no consiste en emitir o transmitir a distancia imagen y sonido; no es *televisión*, en suma, sino algo distinto. No estamos en presencia de una actividad que se produce hacia el exterior, sino interna, en el ámbito de la intimidad o mal llamada privacidad, y en cierto modo doméstica.

El vídeo, individual o colectivo, que no crea interferencia alguna en su funcionamiento respecto de las emisiones normales o de otros vídeos, es un soporte neutro instrumental y puede ser dotado de un contenido heterogéneo, desde noticias a obras dramáticas, desde lecciones de cualquier disciplina a actos políticos o religiosos. En consecuencia, es portador o medio de difusión del pensamiento, la creación intelectual, la enseñanza y la información, facetas todas ellas reconocidas en el artículo 20 de la Constitución, como aduce con acierto la Sentencia impugnada. Por ello, la prohibición del vídeo comunitario desconoce y menoscaba la libertad de expresión y el derecho a la información de los usuarios, en su posición receptora, como también la de quienes organizan tal actividad, en su posición comunicadora, aunque pueda afectar, además, a la libertad de empresa proclamada en el artículo 38. A ello no obsta, en absoluto, el ánimo de lucro en la prestación, remunerada mediante un precio y, por tanto, con talante netamente mercantil, ya que todos los medios de transmisión de ideas y noticias solapan esta función trascendente con su aspecto empresarial, inevitable y beneficioso en una economía de mercado, así configurada constitucionalmente.

La independencia tecnológica y jurídica de los llamados "medios audiovisuales", vehículos siempre por definición de "mensajes", respecto de la televisión en sentido propio, aparece muy clara también en el Real Decreto 2332/1983, de 1 de septiembre, que regula la exhibición pública de dicho material, con o sin ánimo de lucro y mediante la utilización de cable para la transmi-

sión, modo habitual, aunque no único hoy en día, para conectar los elementos grabadores-reproductores a los receptores del sistema. Ahora bien, como advierte un dictamen *ad hoc* de la extinta Dirección General de lo Contencioso del Estado, con fecha 24 de marzo de 1984, el video comunitario no es una "exhibición pública", en locales *ad hoc*, sino "una actividad nueva carente de regulación legal". No se trata, por tanto, de un "espectáculo", sino del suministro colectivo, pero individualizado, de una prestación lícita cuando se realiza directamente por el usuario, y que no cambia este carácter porque la proporciona un tercero.

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, con un rigor discursivo que hace necesaria la transcripción íntegra de sus palabras, que asumimos, afirma finalmente: "si el video comunitario es una actividad en principio comprendida en el ámbito del artículo 20 de la Constitución, distinta de la radiodifusión y televisión, y su regulación normativa es hoy inexistente, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de proscribirla por medio de un simple acto administrativo. El sistema de libertades reflejado en la Constitución parte de la base de que el ciudadano puede hacer no meramente lo que las leyes autorizan, sino todo aquello que las leyes no prohíban, siendo precisamente la Administración y no los administrados quien necesita contar con una cobertura legal previa para legitimar en cada caso sus actos. Siendo ello así, y en defecto de normas que, por un lado, prohíban el ejercicio de la actividad aquí examinada y, por otro, habiliten a la Administración para interrumpir o proscribir tal actividad, hay que declarar la desconformidad a Derecho y consiguiente nulidad del acto administrativo impugnado, por constituir una intromisión sin respaldo legal en el ejercicio de un derecho constitucionalmente amparado". Este es nuestro criterio, ya hecho público en Sentencia muy reciente de esta Sala de 17 de noviembre, confirmatoria de otra procedente también de la misma Audiencia.» (*Sentencia de 11 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7693.*)

XI. ECONOMÍA

Libertad de empresa. La intervención de una empresa en aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939 no es contraria a los artículos 38 y 128 de la Constitución.

«En este recurso se acusa a la Administración, por parte de la Asociación Industrial Textil del Proceso Algodonero —que es una Asociación profesional de dicha rama industrial—, de intervenir ilegalmente en la empresa privada, aunque sea a petición de la misma, pues con ello, en perjuicio de los demás interesados en el sector, se vulnera el principio constitucional de libertad de empresa a que se refiere el artículo 38 de la CE; mas esta conclusión, sólo sostenible desde el más extremado liberalismo, no es cierta, por cuanto los Decretos no introducen ningún privilegio en favor de HYTASA ni le acota ningún mercado, ya que es una obligación de la empresa comunicar su situación financiera a la autoridad competente, como se dispone en la referida Ley de 1 de septiembre de 1939; la empresa intervenida de ninguna manera ha protestado de la intervención administrativa, y la Administración interviniente está guiada por el solo cumplimiento de una obligación, impuesta precisamente por el propio artículo invocado, de proteger el ejercicio de la libertad de empresa, que también existe para HYTASA, y de garantizar la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias del mercado y de la planificación; es cierto que con esta intervención se socializan pérdidas y se encauzan recursos financieros en favor de quienes no han demostrado condiciones óptimas en la industria y en el comercio, pero no son solos estos últimos intereses los que se defienden a través de la intervención de la Administración, sino que existen intereses generales de la economía, también incorporados a

la CE, que deben ser protegidos con solidaridad, pues, al fin y al cabo, la desaparición de la empresa por falta de asistencia pública perjudicaría a cuantos están ligados a la misma y ocasionaría un eventual beneficio a quienes recurren, por lo que precisamente se les reconoce personalidad para recurrir, porque, en definitiva, están interesados en la desaparición de la empresa intervenida en el mercado del sector.

Es cierto que el artículo 38 de la CE está inserto sistemáticamente en el Capítulo 2.º del Título 1.º de la misma; según el artículo 53, los derechos y libertades reconocidos en dicho Capítulo vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de tales derechos; mas de esto no se puede extraer las consecuencias que se quieren en el recurso mediante la afirmación de que la Administración no ha procedido mediante Ley, como más adelante se examinará con mayor atención, pues no se ve en qué la Administración ha vulnerado con su actuación el principio de libertad de empresa, por lo demás subordinado a toda la Constitución, que no se ve vulnerada porque se promueve una equitativa distribución de rentas, se mantenga el pleno empleo y, en definitiva, todo quede subordinado al interés general de la nación.

Se afirma en otro lugar del recurso que no se puede aplicar la Ley de 1 de septiembre de 1939 porque está derogada por la CE; mas no se ve con qué precepto o con qué principio de la misma se enfrenta la meritada Ley para que en aplicación de la Disposición Transitoria de la CE se le tenga por derogada; antes al contrario, con toda su vetustez puede ser tenida como un ejemplo más del principio de reserva de Ley que preside la materia y como valiosa norma habilitante de intervenciones administrativas en la esfera privada; tampoco puede afirmarse que en los Decretos no concurren los requisitos que la tan mentada Ley exige para su aplicación, pues basta siquiera una superficial lectura para concluir que su artículo 1.º consiente la intervención de que se trata y más precisamente cuando ésta no procede frente a la empresa, sino a requerimiento obligado de ella.

Tampoco existe inconstitucionalidad sobrevenida por mucho que se afirme que hay una oposición frontal entre la citada Ley de 1939 y el párrafo 2.º del artículo 128 de la CE; no puede interpretarse que la única vía, forma o manera de intervención de la Administración en la esfera privada sea sólo mediante Ley; esta tesis ya ha sido rechazada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de diciembre de 1983; la expresión mediante Ley no sirve para estimar derogada la Ley de 1 de septiembre de 1939, como se supone en el recurso, sino precisamente para confirmarla, siendo la dicha Ley un ejemplo más del principio de reserva de Ley aplicable al caso; así es que no hay que exigir una Ley en cada una de las actuaciones en la propiedad privada o que cada actuación concreta esté amparada por una Ley específica directamente dictada a propósito; basta una Ley que contempla la intervención de forma abstracta y generalizada; lo único que el precepto quiere decir es que por vía reglamentaria, como única cobertura, se imposibilita una intervención legítima, pero nada más; el precepto constitucional ratifica el principio de reserva de Ley que siempre ha existido en nuestro ordenamiento, por lo que se impone desestimar el recurso en este particular, pues es evidente la legalidad de la dirección y control de la actividad económica desplegados sobre y para una empresa privada a través de actos administrativos que complementan una Ley que autoriza la intervención sin necesidad de una especial Ley interventora directamente operativa; técnica que es propia de nuestros días y conforme a un ordenamiento en el que no existe una absoluta libertad económica que imponga, caso por caso, la necesidad de promulgar leyes formales como único medio de intervención administrativa, sino que basta para no impedir la flexibilidad de la Administración una Ley habilitante y una intervención administrativa.» (*Sentencia de 17 de diciembre de 1986, Sala 5.º, Ar. 7472.*)

XII. FARMACIAS

A) *Potestades públicas.*

En las decisiones de los Colegios Farmacéuticos sobre apertura de farmacias se desarrolla una potestad pública vinculada por el artículo 9.2 CE, en cuyo ejercicio deberán los Colegios interpretar las normas de modo que se consiga que la igualdad de los vecinos en el acceso al servicio de interés público que presta la farmacia sea real y efectiva.

«En la presente apelación se discute la corrección jurídica de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, de 6 de noviembre de 1984, que estimando el recurso interpuesto por don Octavio Eugenio Ll. B. anuló sendos acuerdos del Colegio de Farmacéuticos de Murcia y del Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos de España, declarando el derecho del entonces recurrente y ahora apelado a que le sea autorizada la apertura de una farmacia en la Pedanía de Campana, del término municipal de Torre-Pacheco.

Lleva razón el apelante cuando en su escrito de alegaciones relativiza el calificativo de "progresista" que emplea la Sentencia recurrida al referirse a cierta corriente jurisprudencial de esta Sala. Que del vocablo "progreso" y sus derivados "progresismo" y "progresista" podría decirse que son conceptos ómnibus en los que puede pretender viajar cualquier idea o cualquier opinión. Pero no es menos cierto que en autos aparece probado que *el núcleo de población en que pretende ubicarse la farmacia se halla separado del resto del conjunto urbano por una rambla, y por una franja de terreno no urbanizado; que el núcleo compacto de Campana y sus diseminados tienen 1.560 habitantes. Que aparte de ello existen diversos núcleos de población perfectamente comunicados con el núcleo de Campana por una red de caminos construidos por el IRYDA y que coloca a la población de los mismos (más de 1.145 habitantes) bajo la influencia del núcleo de Campana. Con lo que se rebasa en exceso el número de 2.000 habitantes que exige la normativa en vigor para que pueda entenderse que a estos efectos existe núcleo de población.*

Por lo demás, debe recordarse que *la actividad farmacéutica, si bien no es un servicio público en sentido técnico y propio, si es una actividad privada de interés público, y que es este interés público el que marca el criterio interpretativo que debe prevalecer al aplicar las normas en vigor relativas a la apertura de farmacia. Y si se tiene en cuenta también que el artículo 9.2 de la Constitución dice que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos, y que en las decisiones que adoptan en el procedimiento administrativo de apertura de farmacias, los Colegios Farmacéuticos, pese a su carácter de Corporaciones sectoriales de base privada, ejercen una potestad pública, funcionando a estos efectos como verdaderos poderes públicos, es claro que los mismos se encuentran bajo el ámbito de esta norma que, aunque constitucional, no es meramente programática, sino vinculante. De manera que lo que esa norma impone a los Colegios en el caso que nos ocupa es conseguir, mediante una interpretación flexible, que la igualdad de los vecinos en el acceso al servicio de interés público que presta la farmacia sea real y efectiva. Y valorando el conjunto de circunstancias que aquí concurren es patente que los vecinos del núcleo de Campana y su zona de influencia recibirán una apreciable mejora en esa prestación con la apertura de la farmacia cuya apertura se solicita.» (Sentencia de 30 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6109.)*

B) Apertura. Núcleo de población.

1. Interpretación del artículo 3.1.b) del RD 99/1978. Justificación de la interpretación dada al mismo por el Tribunal Supremo.

«Una vez más, la Organización Colegial Farmacéutica se desentiende de la última doctrina jurisprudencial de esta Sala, insistiendo, en los acuerdos que nos ocupan, en una postura abiertamente contradictoria con la misma. *Nuestra doctrina no es que sea más o menos progresista, sino, sencillamente, acorde con la Justicia, con el interés público y con "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"* (las normas imperantes en esta materia), como se recomienda en el artículo 3.1 del Texto Preliminar del Código Civil, aprobado por Decreto de 31 mayo 1974. *Doctrina que pretende, en la práctica, el que las poblaciones distantes de los centros urbanos, donde suelen estar concentradas las Oficinas de Farmacia, puedan disponer de una de ellas, aproximándolas a los consumidores, y, de paso, paliando la lamentable situación de tantos y tantos Licenciados en paro.*

Por otra parte, *esta doctrina no es más que una razonable aplicación del artículo 3.1.b) del Real Decreto 99/1978, de 14 de abril, que, lejos de merecer una interpretación restrictiva, como se pretende por el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos, debe ser objeto de un criterio hermenéutico flexible y liberal, puesto que si este precepto supone una apertura en la limitación del número de farmacias autorizables en cada Municipio, y, por lo tanto, una excepción a este sistema del "numerus clausus", no es menos cierto que, como hemos dicho muchas veces, la excepción es a su vez excepción al principio básico general de la libertad de empresa y del ejercicio de las Profesiones Liberales.*

En el supuesto de autos no se discute que el lugar de emplazamiento de la farmacia que se pretende abrir esté a más de 500 metros de las más próximas, y que el núcleo de población señalado por la solicitante sea superior a los 2.000 habitantes, exigido en el precepto indicado, sino el que este núcleo no sea compacto y continuo, sino disperso y extendido en un sector que abarca varias Parroquias y Aldeas, en el Municipio de La Estrada (Pontevedra). Pues bien, esta misma circunstancia no ha sido óbice en recientes recursos para entender que el concepto de "núcleo de población" empleado en el repetido artículo 3.1.b) no debe ser comprendido de forma que obstaculice la satisfacción del principal designio perseguido por la norma; el de aproximar las farmacias al público alejado del centro urbano donde se encuentran instaladas la mayoría o la totalidad de las existentes en el término municipal (SS 23 abril y 23 julio 1986, entre otras muchas).

En esta interpretación claro está que no juegan para nada las reglas sentadas en la Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979, cuya acumulación de limitaciones a las ya establecidas en el citado Real Decreto 909/1978 ha sido considerada ilegal, como "contra legem" y atentatoria al principio de jerarquía normativa (entre otras, Sentencia de 23 julio 1986), proclamado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (arts. 23 y 28) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 julio (art. 6).

Antes de terminar, queremos resaltar el hecho de que los farmacéuticos que comparecieron en el expediente para oponerse al otorgamiento de esta licencia de apertura, todos ellos con Oficina abierta en La Estrada, emplean como uno de los principales argumentos no el que con sus farmacias estén bien atendidas las necesidades farmacéuticas del núcleo de población al que pretende atender la solicitada por la demandante, sino la existencia de farmacias en otros sectores, poniendo como ejemplo, y como las más próximas, dos que dicen están a unos tres kilómetros, una de ellas incluso perteneciente a distinta provincia (La Coruña).

En definitiva, aunque *prima facie* pueda parecer que nuestra solución atenta al sentido gramatical empleado en el repetido artículo 3.1.b) del Real De-

creto 909/1978, sin embargo, aparte de que el recurso al medio literal, para la interpretación de las Normas, es sólo uno de los varios ofrecidos en el mencionado artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil, en este caso, con la superación del sentido literalista, no se consigue otra cosa que una acomodación del precepto que introduce el concepto de "núcleo de población" a las peculiaridades y necesidades de la población rural gallega, con deficiencias tan ancestrales que ya va siendo hora de que se vayan corrigiendo.» (Sentencia de 7 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7634.)

2. Principio «pro apertura» deducido de los artículos 9.2, 38 y 53.3 de la CE.

«Se plantea en estos autos como problema fundamental la determinación de qué debe entenderse por "núcleo de población" a los efectos del artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, en cuanto supuesto habilitante para la apertura de una nueva farmacia.

Con este punto de partida, será de recordar que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han venido proclamando reiteradamente el *principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico*, principio éste hoy recogido expresamente en el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

En consecuencia, y en lo que ahora importa, habrá que señalar:

A) El artículo 53.3 de la Constitución advierte que los principios rectores de la política social y económica han de informar la práctica judicial, siendo uno de ellos el derecho a la protección de la salud (art. 43).

Dada la trascendental importancia que para dicha protección tienen las farmacias —no es necesario insistir en este punto dada la condición profesional de los litigantes—, es claro que *de la Constitución deriva un principio pro apertura, en cuanto medida necesaria para una adecuada atención farmacéutica.*

B) Lo expuesto se corrobora atendiendo al artículo 9.2 de la Constitución, que aspira a que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva. Pues bien, *la realidad social española* (art. 3.1 del Código Civil) *presenta en muchas ocasiones una población diseminada a la que resulta difícil el acceso a las oficinas de farmacia, dado que éstas suelen estar emplazadas en la ciudad: buscar la igualdad "real y efectiva" de esta población rural con la urbana conduce necesariamente a acercar la oficina de farmacia a la población diseminada.*

C) A la misma conclusión se llega partiendo del principio de libertad de empresa (art. 38 de la Constitución), especialmente si se tiene en cuenta el insatisfactorio rango normativo con que hoy está regulada esta materia. En principio, el artículo 3.1.b) del Decreto 909/1978, en cuanto permite el establecimiento de farmacias en núcleos de, al menos, 2.000 habitantes, podría considerarse norma "excepcional", si se tuviera como "general" el sistema resultante de dicho Decreto. Pero no es así: *lo general, dado que es lo que deriva de la Constitución, es el principio de libertad de empresa y, por tanto, toda limitación debe reputarse excepcional. Puesto que el artículo 3.1.b) de dicho Decreto atenúa restricciones y se acerca al principio general, debe tener fuerza expansiva.*

En definitiva, en el modelo de convivencia que traza nuestra Constitución, el conflicto de intereses que puede existir entre los farmacéuticos establecidos, por un lado, y las necesidades de la salud de los ciudadanos, por otro, ha de resolverse en favor de éstos, con lo que, además, se promueve la igualdad de los ciudadanos y la libertad de empresa y, en último término, se favorece el principio del libre ejercicio de las profesiones liberales, reiteradamente proclamado por esta Sala.

No resulta preciso insistir, dentro del clima constitucional que acaba de reflejarse, sobre la absoluta impotencia de la OM de 21 de noviembre de 1979 para establecer un criterio restrictivo.

Sobre esta base, ha de subrayarse, pues, que el concepto de "núcleo de población" ha de ser dibujado con un criterio flexible y finalista que permita realizar los objetivos constitucionales mencionados, de entre los cuales, y en lo que ahora importa, ha de destacarse la mejor atención de la salud de sus habitantes.

Lo que definirá el núcleo de población en el sentido que aquí interesa no son las características físicas o materiales de la zona donde se asienta la población, que pueden ser muy diferentes, ni tampoco la concentración o dispersión de sus habitantes; lo que realmente ha de caracterizar al núcleo es la nota finalista de integrarse por un conjunto de personas con deficiente atención farmacéutica y que van a ver mejorado el cuidado de su salud con la instalación de la nueva farmacia. En este sentido existe una amplia tradición jurisprudencial (así, Sentencia de 14 de mayo de 1986.) (Sentencia de 15 de diciembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8107.)

XIII. VIVIENDA

El Tribunal Supremo valora los intereses generales y los de la recurrente, entre ellos los vinculados al derecho a disfrutar de una vivienda digna (art. 47 CE), para acceder a la suspensión de la ejecutividad de una orden de desalojo de una vivienda.

«Como muy adecuadamente señala la Sala de Instancia en la resolución recurrida, tres requisitos son necesarios para decretar la suspensión de los actos administrativos: a) la existencia de daños o perjuicios para la ejecución del acto impugnado; b) la imposibilidad o dificultad de su reparación, y c) que no se deduzcan graves perjuicios para el interés público de la falta de ejecución del acto; pues bien, la privación del hogar a la recurrente, persona de avanzada edad acostumbrada a vivir en la vivienda de la que, al parecer, ha sido ya desalojada, produce, sin duda alguna, graves perjuicios a la misma al desposeerla de una vida propia e independiente en el ambiente donde se ha desenvuelto durante un lapso de tiempo que alcanza a más de veinte años, y aunque es cierto que las consecuencias económicas de tal desalojo podrían ser reparadas mediante la correspondiente indemnización, si el caso lo hiciera procedente, pese a algunas dificultades en su concreción, ello no sucede con los aspectos humanos del problema, por cuanto el desalojo decretado deja a la recurrente completamente desamparada y a expensas de los auxilios que por buena voluntad le puedan prestar sus familiares, conculcándose el principio definido en el artículo 47 de la Constitución, y aunque es cierto que tal precepto de la Ley fundamental constituye una declaración de carácter general, él debe interpretarse sin particularismos y con un régimen de igualdad para todos, de lo que resulta la pertinencia de atender la solicitud de suspensión de la ejecutividad solicitada, pues la valoración de los intereses generales, que es la contrapartida al interés respetable de la recurrente, no puede quedar gravemente perturbado por la dilación en la ejecución de un acto que resulta mínimo dentro de toda la problemática de la vivienda, de cuya solución también debe ser partícipe la recurrente, en cuanto detentadora de derechos constitucionalmente defendibles, no siendo óbice a la determinación que ahora se adopta la posibilidad de matizaciones derivadas de la normativa reguladora de tales viviendas, por cuanto ello atañe al problema de fondo planteado en los autos principales, que ahora no debe ser objeto de consideración.» (Auto de 7 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6418.)

XIV. URBANISMO

A) *Planeamiento.*

1. *El acuerdo de la CPU suspendiendo la aprobación definitiva de un Plan Parcial, hasta tanto se introduzcan determinadas correcciones, es un acto trámite cualificado cuando propone excluir un determinado polígono para las empresas propietarias de terrenos en el polígono.*

«La Comisión Provincial de Urbanismo de Tarragona, al serle remitido por el Ayuntamiento de Vilaseca el Plan Parcial de Ordenación de las zonas 11-B y 12-C, de uso industrial, acordó suspender la aprobación definitiva del indicado expediente en tanto no se introdujese, entre otras, la siguiente corrección: "Deberá excluirse del ámbito del Plan Parcial el denominado Polígono 11-B, por no considerarse justificado, dada la situación actual de oferta de suelo industrial en las Comarcas del Camp (Planes Industriales como el Agro-Reus, Carretera de Alcolea, Polígono Industrial Francolí en Constantí, Polígono Industrial de Riu Clar del Instituto Catalán del Suelo, etc.)." Ordenó también se practicase una nueva información pública. La Sentencia de instancia, al examinar la legalidad del referido acto, así como la desestimación tácita del recurso de alzada interpuesto contra el mismo, tras desestimar la causa de inadmisibilidad interpuesta por alegarse se trataba de un acto de trámite, resolvió, al entrar en el fondo, anular el acto expresando que "... será entonces (después de la nueva información pública y cuando se eleve el Plan para su aprobación definitiva) cuando con las alegaciones que se viertan y las demostraciones oportunas se incluya o excluya el Polígono 11-B del Plan Parcial debatido, pero no ahora; razonamiento que forzosamente conduce a la anulación del acto impugnado...". La parte apelante insiste en el planteamiento de la indicada causa de inadmisibilidad, y en cuanto al fondo alega, en síntesis, que en el número 2 del artículo 41 de la Ley del Suelo se configura la aprobación definitiva como un análisis del Plan o Normas "en todos sus aspectos", en el que se examina tanto la legalidad y oportunidad del Plan como las soluciones de carácter técnico del expediente que se somete a aprobación. La primera cuestión a examinar en esta apelación se concreta, pues, en pronunciarse sobre la mencionada causa de inadmisibilidad.

Para decidir en relación con la excepción procesal que ahora se analiza, interesa no perder de vista, tal como señala la Sala Territorial, el contenido del acto en cuestión, acto en el que, como antes quedó indicado, se *ordena excluir un determinado Polígono del ámbito del Plan de que se trata, y esta exclusión forzosa es entender que para las empresas recurrentes, propietarias de terrenos sitos en el Polígono en cuestión, produce unos efectos decisivos que impiden que con relación a los mismos pueda considerarse como de trámite, no impugnabile en vía contencioso-administrativa, el acto de que se trata, lo que obliga a entender, al igual que lo hace la Sentencia recurrida, que no procede acoger la causa de inadmisibilidad en cuestión.*» (Sentencia de 8 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7647.)

2. *La introducción, en la aprobación definitiva de un Plan Parcial, de «recomendaciones» y de disposiciones «indicativas» no previstas en el Plan aprobado provisionalmente constituye una alteración sustantiva del mismo, además de contrariar la obligatoriedad y ejecutividad de los Planes.*

«El mero hecho de introducir en el acto de aprobación definitiva de un instrumento urbanístico "recomendaciones", que por su misma esencia con-

trarian la obligatoriedad y ejecutividad de los Planes de Ordenación, proclamada en los artículos 56 y 57 de la Ley del Suelo, supone, respecto al Texto objeto de previa aprobación provisional, una alteración significativa y sustancial, no permitida por la normativa antes dicha, sin que pueda oponerse a ella la tesis sustentada en la litis por la representación del Ayuntamiento de Tarragona, en el sentido de que por ser precisamente "recomendaciones" carecen de valor normativo, pues lo cierto es que frente a la obligatoriedad propia de los Planes, comportan un elemento de inseguridad jurídica para el administrado; basta examinar el tenor de las cuatro modificaciones incorporadas en el acto de aprobación definitiva para comprender el carácter trascendente de las mismas, corroborado por la prueba pericial practicada en la litis, en particular las dos primeras modificaciones, pues en la primera se otorga carácter "indicativo" a las determinaciones del Plan sobre red viaria y espacios libres de trasego y transporte, con la secuela importante de una indefinición o inseguridad, respecto a tales determinaciones, derivadas precisamente del carácter indicativo de las mismas, lo que comporta sea valorada dicha modificación como sustancial, y, por ende, inadecuada la disposición adoptada por el Organo actuante, al limitarse a ordenar la introducción de dicha modificación en un Texto Refundido, en vez de decidir conforme a la normativa antes explicada, para los casos de alteraciones importantes, y en cuanto a la segunda modificación es notoria su importancia al reducir la ocupación industrial al 65 por 100, en vez del 80 por 100 previsto; que de todo lo anterior se desprende que en el acto de aprobación definitiva se introdujeron modificaciones sustanciales respecto al texto aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento, y como ello se llevó a cabo sin suspender la aprobación del Plan, con remisión a dicho ente municipal, para que procediera como antes se indica, es decir, abriendo una nueva información pública y audiencia, en su caso, a las Corporaciones Locales afectadas, respecto a las modificaciones introducidas, y prosiguiendo el trámite en legal forma, ha de concluirse que dicho acto, del modo que se emitió, no es conforme a Derecho, pues no puede el Organo que tiene la potestad de la aprobación definitiva imponer su criterio sin remitir de nuevo el expediente al ente que lo aprobó provisionalmente, para que siga el procedimiento anteriormente indicado.

Como secuela de todo lo expuesto se está en el caso de dictar el fallo en concordancia con lo razonado sin que sea necesario ni oportuno examinar los sustanciales y sugestivos motivos de oposición deducidos por los actores, dado el carácter procedimental de la infracción referida, generadora de la nulidad del acto al amparo del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y debiendo precisarse, de otro lado, que, si bien se deja sin efecto la aprobación del instrumento urbanístico que nos ocupa, ello no comporta el pronunciamiento de denegación de su aprobación definitiva, sino solamente la suspensión de la aprobación del mismo, en los términos antes dichos, y, por ende, la estimación de los recursos es sólo parcial, sin que, por otra parte, se aprecien méritos para una especial declaración sobre costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los considerandos de la Sentencia recurrida.

Como señala la Sentencia apelada, el primer problema a examinar en el presente proceso se concreta en determinar si concurre o no la alegada infracción del artículo 132.3.b) del Reglamento de Planeamiento de 1978. A este respecto, la Sala comparte la argumentación que para apreciar la aludida infracción, en relación con la primera de las rectificaciones de que se trata y las denominadas recomendaciones, se expresa en el correspondiente fundamento de la resolución recurrida. En relación con las referidas rectificaciones y recomendaciones, esta Sala, al examinar en la Sentencia de 17 de enero del presente año una cuestión relacionada con el Plan Parcial en cuestión, ya puso de relieve la entidad de aquéllas y la incertidumbre que producían,

y si en dicha Sentencia ello justificó la afirmación que en la misma se hizo de no poder entenderse que el Acuerdo impugnado en estas actuaciones tenga realmente un contenido aprobatorio del Plan de que se trata, la consecuencia obligada es la ya aludida de confirmar la Sentencia impugnada, sin que a ello sean obstáculo las alegaciones que se hacen por las partes apelantes, si se tiene en cuenta, por un lado, que, *conforme al artículo 15 de la vigente Ley del Suelo, los Proyectos de Urbanización sólo pueden afectar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras, y en la rectificación antes aludida se expresa que "la red viaria y los espacios libres de trasiego y transporte, definidos dentro del ámbito delimitado por las aceras... tienen en su disposición carácter indicativo, siendo objeto de definición en los proyectos, en función del servicio y seguridad internos de cada establecimiento..."*, y, por otro lado, que las mencionadas recomendaciones, como reconoce el Ayuntamiento apelante en su escrito de alegaciones, suponen cambios sustanciales, lo que obligaba a entrar en juego lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado b), número 3, del artículo antes referido, sin que al resolver en el sentido que se ha expresado desconozca el Tribunal la doctrina jurisprudencial que se alega en el aludido escrito de alegaciones del mencionado Ayuntamiento, pues, al tener un carácter indicativo, la red viaria y los espacios libres de trasiego y transporte, según la modificación primera antes aludida, es posible que se llegara a un diseño urbanístico conceptualmente distinto del previsto en el Plan Parcial en cuestión.» (Sentencia de 30 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6106.)

3. Control por el Tribunal de los hechos determinantes que deben justificar la calificación urbanística de suelo.

«El tema del debate queda configurado, según los antecedentes relacionados anteriormente, en el aspecto de determinar la conformidad o disconformidad de la calificación urbanística atribuida a la parcela de la que es titular el recurrente con la normativa urbanística aplicable, y en este sentido conviene, en primer término, sentar la afirmación que, a tenor de los datos y antecedentes obrantes en las actuaciones, incluidas las de carácter administrativo, la zonificación "patio a conservar" aplicada al solar del recurrente hace referencia directa al interés y valor artístico del bien inmueble, y no a su estimación como espacio libre o zona verde —con finalidad urbanística en sí misma—, de aquí que el error o el acierto en la determinación urbanística cuestionada está conectado, respectivamente, a la inexistencia o realidad del interés a conservar, y siendo así que de los autos —singularmente informe pericial emitido por el arquitecto señor B. M.— aparece que el terreno de constante referencia, de unos 20 metros de lado, deprimido respecto a las parcelas colindantes, ni por su tamaño, ni por su ubicación, ni por su contenido —limitado a la existencia de algunos árboles y arbustos— tiene interés artístico en sí mismo; el valor a conservar le será proporcionado por su función en el conjunto de la zona en que se halla ubicado, en el que compondrá un elemento complementario de edificios con estimación suficiente para acordar su inclusión en el Catálogo de bienes a conservar, y en este último aspecto, es decir, en cuanto a la estimación del solar cuestionado como elemento de composición en el conjunto de edificios de interés artístico, el examen de los autos facilita el dato, relevante para el enjuiciamiento y resolución de este debate, de que la parcela cuya calificación se cuestiona linda parcialmente con un espacio que en los planos se describe como "jardín empedrado", y éste, a su vez, con un lugar en que se ubica un edificio de interés, siendo de destacar, en punto a precisar el valor de aquel solar en el conjunto edificatorio relatado, los datos a continuación descritos: A) En la disposición formal de los elementos antes citados, se observa que el edificio incluido en el Catálogo por su interés artístico, señalado con el número 15 de la calle General Prim, con chaflán a la calle San Julián, queda integrado por un patio-

jardín, que, conservando la misma anchura que aquel edificio, se prolonga por la mencionada calle San Julián con una longitud de 20 metros aproximadamente, y a continuación de dicho patio-jardín —dotado de pavimentado empedrado— existe un solar de forma, aproximadamente, cuadrada —20 x 20 metros—, cuyo suelo está situado a 1,50 metros respecto al suelo del jardín colindante. B) El edificio declarado de interés artístico tiene acceso por la calle General Prim, en tanto que el terreno objeto de estos autos tiene entrada por la calle San Julián. C) Los informes obrantes en las actuaciones, tanto en el expediente administrativo como en el pericial producido en estos autos, mantienen la tesis de que el terreno de constante referencia puede considerarse morfológicamente desgajado del patio posterior de la vivienda con acceso por la calle General Prim, con el que mantiene la diferencia de un fuerte desnivel.

En virtud de los razonamientos hasta el momento sentados en esta resolución, corresponde declarar la disconformidad de la calificación urbanística impugnada por la parte recurrente, habida cuenta, por otro lado, la falta de justificación, con apoyo en la normativa del Plan General mencionado precedentemente, de que el solar cuestionado deba conservar su actual estructura en beneficio del interés representado por el edificio de la calle General Prim, sin que a la eficacia de esta declaración obste la circunstancia de que el recurrente haya sido titular hasta fecha reciente de ambos bienes inmuebles, como integrante de un solo patrimonio, y de que el fraccionamiento de ellos se haya producido con infracción de las Normas del Plan General, toda vez que esta actividad, pese a su calificación como infracción urbanística, no altera la consideración de que el solar precitado no tenga en sí o en función del entorno interés artístico protegible.» (*Sentencia de 22 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6078.*)

B) Suelo no urbanizable. No procede otorgar licencia para la instalación de un «camping».

«En el escrito de alegaciones formulado por don José. L. del P., en el recurso de apelación interpuesto por el mismo, se reiteran las aducidas ante el Tribunal *a quo* y que son ya debidamente rechazadas en los considerandos de la Sentencia recurrida —aceptados, en lo sustancial, por esta Sala—, en los que se efectúa una adecuada apreciación de los hechos objeto del debate y se aplican también rectamente las normas atinentes al caso del pleito, para llegar con acierto a la conclusión de que el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Valencia de 8 de junio de 1982 —que deniega la aprobación previa para instalar el *camping* a que los autos se refieren en la Partida Arbre del Gos de El Saler, término municipal de Valencia, "por hallarse en contradicción con la calificación de zona de huerta y poner en peligro el sistema ecológico del sector Dehesa-Albufera"— y la Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de la Comunidad Valenciana de 17 de agosto de 1982, que desestima el recurso de alzada promovido frente a la anterior, son conformes a Derecho; debiendo significarse, al decidir el presente recurso de apelación, que la Norma 29 del Plan de Ordenación de Valencia y su comarca adaptado a la "Solución Sur" —aprobado por Decreto de 30 de junio de 1966, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 27 de julio siguiente—, dispone de una manera expresa que "la huerta de Valencia, en general, requiere una protección paisajista, que debe reflejarse en el volumen máximo permisible y en el referido volumen que obedezca a unas características tradicionales", precisando, además, en el apartado b), en cuanto a la "zona de huerta", que "su uso será exclusivamente agrícola, para vivienda al servicio de la explotación agrícola u otros usos que requiera la referida explotación", por lo que ha de estimarse justamente denegada la aprobación previa —solicitada por el cauce de los artículos 43.3 del Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976, y 44 y 45 del

Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978— para instalación del *camping* (que, aun careciendo de licencia, se encuentra ya en funcionamiento), sin que se trate de industria que no pueda ubicarse en zona distinta de la de "huerta" (a efectos de aplicación del último párrafo de la Norma 29), ni sea tampoco aceptable amparar en la posible irregularidad en el otorgamiento de otras licencias en la citada zona la comisión de una nueva infracción en materia urbanística, como ha sido ya declarado en reiterada Jurisprudencia y se proclama también en el cuarto considerando de la Sentencia apelada.» (*Sentencia de 24 de septiembre de 1986, Sala 4.º, Ar. 8031.*)

C) *Licencias.*

1. *Debe otorgarse la licencia solicitada cuando falte alguno de los servicios exigidos en el artículo 82 de la LS, pero puede asegurarse la ejecución simultánea.*

«Rechazando la consideración de suelo no urbanizable y reconocida la de suelo urbano, la última cuestión a resolver es si puede o no concederse la licencia solicitada faltando el encintado de aceras que exige el ya citado artículo 82.1.º de la Ley del Suelo; debiendo al respecto puntualizarse: a) que el artículo 83.1.º de la dicha Ley del Suelo permite, desde luego, la edificación del suelo urbano, aun sin ser solar, si se asegura la ejecución simultánea de la urbanización y de la edificación con las garantías determinadas reglamentariamente; b) en este caso, en la solicitud de licencia, el peticionario detallaba la existencia de todos los servicios urbanísticos y señalaba las aceras como el nuevo servicio a construir; c) en el recurso de reposición interpuesto contra la denegación de la licencia se volvía a aludir a esta cuestión y se manifestaba que el Ayuntamiento había aprobado recientemente un expediente para dotar de aceras a esta calle y que, en todo caso, la falta del encintado de aceras y de las mismas aceras podían ser sufragadas por el solicitante mediante compromiso, como en casos similares se exigía, si no fuera que ya el Ayuntamiento había iniciado expediente y proyecto para dotar a la calle de acceso al Chanto, en la que se podía construir, de las correspondientes aceras; y d) la Jurisprudencia de esta Sala ha venido manteniendo un criterio de amplitud razonable en lo que se refiere a la exigencia de los servicios mínimos enumerados en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, como dijo la Sentencia de 8 de junio de 1982, y las varias que ella indica, y la Sentencia de 9 de julio de 1984 especifica que la falta de alguno de los servicios exigidos en el mencionado artículo no es motivo bastante para la denegación de la licencia cuando cabe la imposición de su simultánea ejecución; aludiéndose a la complementación de las obras de urbanización en la Sentencia de 3 de julio de 1984 y a su perfeccionamiento en la de 8 de octubre de 1985; de todo lo cual se sigue, en fin, que la falta de encintado de aceras no era motivo bastante para negar la licencia por vía expresa, pues, comprometido el solicitante a su construcción simultánea conforme a lo dicho (si el Ayuntamiento no lo construía junto con las correspondientes aceras), la Administración debió aceptar este compromiso y conceder la licencia, exigiendo, eso sí, al peticionario la prestación de fianza en cualquiera de las formas admitidas por la legislación local, en cuantía suficiente para garantizar la ejecución de la aludida obra, imponiéndole, al mismo tiempo, el compromiso de no utilizar ni ceder la futura edificación sin antes haber construido dicho bordillo en toda la fachada de 8 metros de su nueva edificación, ya que negar la licencia por dicha razón suponía ignorar el ya citado artículo 83.1.º de la Ley del Suelo, el 40.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, la mencionada doctrina de esta Sala y el mismo principio de proporcionalidad que en manera alguna consiente que se deniegue la licencia por un tan ínfimo motivo, cuando ya la misma Ley del Suelo y el aludido Reglamento arbitran

la solución, que no es potestativo, sino imperativo, aplicar.» (*Sentencia de 1 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7070.*)

2. *De obras y de primera utilización. Relación entre ambas. No puede denegarse la primera utilización invocando la ilegalidad de la de obras.*

«El ordenamiento urbanístico, para asegurar su correcta aplicación, ha previsto diversas técnicas que habilitan a la Administración para controlar la construcción antes de que ésta se inicie —licencia de obras del artículo 178 del Texto Refundido de la Ley del Suelo—, durante su desarrollo —artículos 184 y 186 de dicho Texto— y también cuando ya ha terminado. En este último sentido es de citar la *licencia de primera utilización de los edificios* —arts. 178 del citado Texto Refundido, 21.1 del Reglamento de Servicios y 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística—; *de naturaleza reglada, su finalidad, en lo que ahora importa —también cumple otras—, es la de comprobar objetivamente si la construcción se ajusta a la licencia de obras.*

Dado que el contenido de dicha licencia de obras se integra, por un lado, por la autorización de un cierto proyecto y, por otro, por un eventual condicionamiento de su ejecución, quíérese decir que *el control que la Administración ejerce sobre la construcción a través de la licencia de primera utilización consiste en comprobar si lo edificado se ajusta a los términos —proyecto y condiciones lícitas— en que la licencia de obras fue otorgada. Se trata, pues, de una actividad administrativa reglada, como ya se ha dicho, y de pura comprobación.*

De lo expuesto ya se deriva, positivamente, que el objeto del control administrativo ejercido a través de la licencia de primera utilización es precisamente una actividad del administrado —la de la construcción—, que se confronta, y esto es lo que ahora se destaca, con el contenido de la licencia de obras. Negativamente, ha de indicarse que *no es función de la licencia de primera utilización la revisión de la actuación de la administración concretada en el otorgamiento de la licencia de obras.*

Está claro, pues, que si existe conformidad de la construcción con el contenido de la licencia de obras —Sentencia de 4 de noviembre de 1985— no podrá denegarse la licencia de primera utilización; no otorgar ésta, invocando la ilegalidad de la licencia de obras, equivale a una revisión de ésta hecha sin ajustarse a las rigurosas exigencias formales establecidas al respecto. Tal revisión informal sería un supuesto de nulidad de pleno derecho —art. 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La doctrina expuesta es de plena aplicación a las licencias de obras otorgadas por la Comisión Provincial de Urbanismo en virtud de la subrogación prevista en el artículo 9.7 del Reglamento de Servicios. En esencia, se trata de un supuesto perfectamente idéntico al ordinario de licencias de otorgamiento municipal: en ambos casos, el administrado ha construido con el soporte declarativo de derechos que es la licencia de obras, de suerte que, en tanto no se elimine ésta legalmente, ha de subsistir la plenitud de su eficacia, que no es otra que la de autorizar la construcción con todas sus consecuencias, incluida, por tanto, la de la obtención de la licencia de primera utilización —supuesta, en lo que ahora importa, la conformidad de la obra con la licencia originaria.

Sobre esta base, es claro que *el Ayuntamiento está plenamente vinculado por la licencia de obras otorgada por la Comisión Provincial de Urbanismo: constituye un acto declarativo de derechos dictado por el órgano competente, y competente precisamente por virtud de la pasividad municipal. No puede, pues, revisarlo el Ayuntamiento por el cauce inadecuado de la denegación de la licencia de primera utilización, cualquiera que sea la redacción de las Ordenanzas municipales, pues no está al alcance de éstas alterar el sistema de revisión de los actos declarativos de derechos establecidos, por razones de*

seguridad jurídica —art. 9.1 de la Constitución—, en los artículos 186 y 187 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.» (Sentencia de 6 de diciembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8101.)

3. *Licencias de demolición. Entre los diversos regímenes de silencio previstos en el artículo 9 RSCL, se declara aplicable a las licencias de demolición aquel que ofrece mayores garantías para el interés público (denuncia de la mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo) atendiendo a la importancia social adquirida por el urbanismo de conservación y rehabilitación.*

«El único problema planteado en estos autos es el de la determinación del régimen jurídico del silencio administrativo en los supuestos de petición de licencia de demolición.

El examen del artículo 178.1 y 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo pone de relieve que las licencias urbanísticas, con expresa inclusión de las de demolición, han de ajustarse, en el terreno procedimental, a lo dispuesto en la legislación de Régimen Local, lo que remite directamente, en lo que ahora importa, al artículo 9.º del Reglamento de Servicios. Es clara, pues, su aplicabilidad a las licencias de demolición a pesar de que dicho artículo 9.º no las menciona expresamente.

Por otra parte, y todavía a la vista del citado artículo 178 del Texto Refundido, será de indicar que al establecerse unos límites sustantivos al otorgamiento de licencias por silencio positivo se está presumiendo que las licencias urbanísticas —expresamente incluidas las de demolición— están sujetas a un régimen de silencio precisamente positivo.

Ya en el terreno del artículo 9.º del Reglamento de Servicios, y puesto que en el mismo existen tres sistemas de silencio —apartado 1.7.º—, habrá que concretar ante todo que, evidentemente, no es de aplicación el tema litigioso al silencio negativo del caso *b)*, dada la falta de analogía de su supuesto con las licencias de demolición y dado que, como ya se ha dicho, el artículo 178.3 de la Ley del Suelo presume un régimen de silencio positivo.

Planteado el problema respecto a los apartados *a)* y *c)*, hay que entender aplicable por analogía —art. 4.1 del Título Preliminar del Código Civil— el primero, porque, como acertadamente pone de relieve la Sentencia apelada, la demolición guarda una identidad jurídica sustancial con los supuestos en él mencionados —construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos—. En realidad —Sentencia de 10 de julio de 1985— "la demolición es la más completa y radical modificación de la estructura de un edificio", resultando, por tanto, subsumible en el apartado *a)*, y no en el *c)*, del artículo 9.1.7.º del Reglamento de Servicios —en este sentido, también, Sentencia de 18 de julio de 1984.

Esta solución se confirma atendiendo a la finalidad —art. 3.1 del Título Preliminar ya citado— del artículo 9.1.7.º del Reglamento de Servicios: el examen de los apartados *a)* y *c)*, que son los que ahora importan, pone de relieve que se han diferenciado dos tipos de supuestos, y si para los de mayor entidad —apartado *a)*— se ha de acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo, por el contrario, en los de menor importancia —apartado *c)*— se produce automáticamente el silencio positivo.

Así las cosas, es de recordar que el Derecho Administrativo aspira a armonizar las exigencias del interés público y las del interés de los administrados. Para éstos el silencio positivo es plenamente satisfactorio, pero para aquél resulta peligroso, ya que la negligencia o la falta de tiempo del funcionario se convierten en decisión administrativa estimatoria.

Por ello, el Reglamento de Servicios, ponderando la trascendencia del objeto de la licencia, intensifica o atenúa el rigor de los requisitos necesarios para la producción del silencio positivo.

Y ya en este punto, importa subrayar la importancia de las demoliciones: el urbanismo del ensanche está siendo sustituido, por lo menos en alguna medida, por otro tendente a la conservación y rehabilitación del tejido urbano. En consecuencia, las licencias de demolición, tradicionalmente oscurecidas por las de construcción, van adquiriendo cada vez mayor relieve.

Sobre esta base, atendido el espíritu del precepto que se examina y la razón de ser de los distintos regímenes jurídicos que ahora se contemplan —apartados a) y c)—, ha de llegarse a la conclusión de que la importancia del objeto de las licencias de demolición requiere la aplicación del sistema de silencio positivo que cuenta con mayores garantías, es decir, el que exige la denuncia de la mora ante la Comisión Provincial —en este supuesto ante la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid.

En último término, no se advierte que la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo atente contra la autonomía municipal, proclamada por el artículo 140 de la Constitución: se trata de una sustitución puntual en el ejercicio de una competencia municipal sujeta a un terminante límite temporal, competencia ésta que bien pudo ser actuada por el Ayuntamiento dentro del plazo establecido.» (Sentencia de 29 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6008.)

4. *Caducidad. El Tribunal Supremo teoriza y sistematiza la doctrina jurisprudencial sobre caducidad de las licencias, en base a los criterios que armonizan las exigencias del interés público y la garantía de los administrados.*

«Las instituciones del ordenamiento jurídico administrativo se agrupan en torno a dos ideas fundamentales: el interés público, que justifica que dicho ordenamiento atribuya a la Administración prerrogativas exorbitantes, y el interés de los administrados, que ha de ser objeto de las adecuadas garantías.

Armonizar la prerrogativa de la Administración con la garantía del administrado es el cometido típico del Derecho Administrativo, pieza esencial del Estado de Derecho.

Estas ideas inspiran también, naturalmente, la figura de la caducidad de las licencias de obras, en cuanto técnica jurídico-administrativa que es.

Desde el punto de vista del interés público, la caducidad, además de en tono menor impedir el resultado poco estético de edificaciones en permanente construcción, aspira a lograr la plena eficacia del planeamiento vigente, impidiendo la operancia de licencias obtenidas para la ejecución de obras que no se van a llevar a cabo por el momento, cuando ya se sabe o se presiente que una nueva ordenación las haría inviables —Sentencia de 20 de mayo de 1985—, así como también a evitar peticiones de licencias meramente "especulativas, simplemente para traficar con ellas" —Sentencia de 12 de abril de 1985.

Por otra parte, y desde el punto de vista del administrado, no puede desconocerse que la caducidad opera con efectos restrictivos para su esfera jurídica, pues "viene a truncar una situación favorable al administrado, no creada por la licencia, sino dimanante de algo preexistente en él, como titular potencial de un derecho subjetivo, el "ius edificandi" —Sentencia de 10 de mayo de 1985—, atribuido por el ordenamiento urbanístico.

La jurisprudencia, contemplando las ideas generales expuestas, ha venido alumbrando un conjunto de criterios que tienden a armonizar las exigencias del interés público y las garantías del administrado:

A) *Por una parte, y pese a que el silencio del artículo 15.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales contrasta claramente con la expresa dicción del segundo apartado de dicho precepto, el Tribunal Supremo*

ha admitido plenamente la *licitud de las cláusulas de caducidad en las licencias de obra, habida cuenta de las exigencias del interés público que se han mencionado.*

B) Por otra, ha destacado la *moderación, cautela y flexibilidad que deben caracterizar el juego de la caducidad.* Así:

a) *"Nunca opera de modo automático"* —Sentencia de 20 de mayo de 1985—, es decir, *"sus efectos no se producen automáticamente por el simple transcurso del tiempo, por requerir un acto formal declarativo, adoptado tras los trámites previos" necesarios* —Sentencia de 22 de enero de 1986.

b) *Para su declaración, pues, no basta la simple inactividad del titular* —Sentencia de 4 de noviembre de 1985—, *sino que será precisa una ponderada valoración de los hechos, ya que no puede producirse "a espaldas de las circunstancias concurrentes y de la forma en que los acontecimientos sucedan"* —Sentencia de 10 de mayo de 1985.

c) Por consecuencia, *"el instituto de la caducidad de las licencias municipales ha de acogerse con cautela"* —Sentencia de 20 de mayo de 1985—, *aplicándolo "con una moderación acorde con su naturaleza y sus fines"* —Sentencia de 10 de mayo de 1985—, e incluso con *"un riguroso criterio restrictivo"* —Sentencia de 10 de abril de 1985—. En definitiva, ha de operar con *criterios "de flexibilidad, de moderación y restricción"* —Sentencia de 10 de mayo de 1985.

Ya sobre la base de lo expuesto, hay que destacar que *la competencia para la declaración de caducidad, de tanta trascendencia para el administrado, corresponde precisamente al órgano competente para el otorgamiento de la licencia.* Sólo él podrá llevar a cabo la valoración de los hechos, que como ya se ha dicho resulta imprescindible.

No puede invocarse para justificar la competencia del Alcalde el artículo 116.b) de la Ley de Régimen Local —ejecución de los acuerdos del Ayuntamiento—, pues la caducidad nunca opera automáticamente al exigir una ponderada contemplación de las circunstancias, a valorar con moderación, cautela y prudencia. *No es la declaración de caducidad nunca pura ejecución, y no resulta, por tanto, de aplicación dicho precepto.* (Sentencia de 3 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6411.)

D) *Disciplina.*

Artículo 186 Ley del Suelo. Tras analizar la jurisprudencia contradictoria existente hasta el momento, se declara la vigencia del citado precepto.

«De las cuestiones planteadas que han sido relacionadas en la alegación precedente, la primera de ellas a decidir en este recurso de apelación es la relativa a la vigencia del artículo 186 de la Ley de Régimen del Suelo, tras la promulgación y vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 28 de octubre de 1981, pues la declaración que la Sentencia de instancia realiza a favor de tal vigencia es duramente combatida por los recurrentes, por estimar que la subsistencia de tal precepto es incompatible con el artículo 8.º de la Ley últimamente mencionada, y aunque es cierto que él no se cita en el artículo 3.º del Real Decreto de 29 de diciembre de 1981, que sólo hace referencia al párrafo primero del artículo 224 de la citada Ley de Régimen del Suelo, su mención, se alega, debe estimarse implícita en la referencia expresa al artículo 224 mencionado y, en todo caso, el Real Decreto citado carece de rango legal para limitar o desvirtuar el texto derogatorio de la disposición de esa naturaleza de la citada Ley de 28 de octubre de 1981, citándose, finalmente, en el escrito de alegaciones de 15 de septiembre último, la Sentencia de esta Sala de 21 de febrero del año en curso, donde se aborda

este problema, dándole la solución derogatoria que se postula; pero tal tesis, que aparece formulada en los escritos de alegaciones con un gran rigor lógico y que finalmente ha recibido el refuerzo de la Sentencia últimamente citada, no ha sido fácilmente asumida, como lo acreditan las Sentencias de esta Sala de 17 de octubre y 20 de diciembre de 1984, pues ambas se inclinan por la supervivencia del régimen especial establecido por el precepto cuestionado, concretando "que es, al menos, dudosa la apreciación de no vigencia del artículo 186 de la Ley del Suelo que concluyentemente proclama la Sentencia apelada (no la de estos autos, sino aquella a que se refiere la cita), siguiendo algún sector doctrinal; sin embargo, la doctrina de esta Sala —Sentencias de 15 de junio de 1983 y 24 de febrero de 1984— no adopta una postura tan rígida al declarar, de un lado, que *el artículo 186 citado no pugna con la Constitución, en cuanto pueda suponer obstáculo o limitación a la autonomía municipal, dado que el principio de autonomía es compatible con un control de legalidad sobre el ejercicio de sus atribuciones, cuando éstas incidan en intereses generales concurrentes con los propios de aquéllas o, simplemente, supongan extralimitaciones de facultades propias invadiendo campo ajeno, etcétera* —Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1981, etc.—, y, por otro, es indudable que *la materia urbanística no es competencia exclusiva de los entes locales, pues éstos comparten el campo de atribución de competencias con órganos estatales y autonómicos, tal y como preven, entre otros, los artículos 206, 214 y siguientes de la Ley del Suelo; por ello, en el Derecho especial, han coexistido con cierta independencia los sistemas normativos local y urbanístico, contando este último con su propio régimen jurídico, pudiendo, en consecuencia, sostenerse la vigencia del artículo 186, en cuanto no afectado específicamente por el Real Decreto de 1981, al derogar expresamente el artículo 224.1 de la Ley del Suelo y no poder ampliarse tal prescripción, por analogía a una norma con sustantividad propia, ya que ha de ceñirse al precepto citado, en cuanto referido al ámbito específico propio; por otro lado, y aunque las licencias municipales de obras, etc., sean competencia municipal de los Ayuntamientos, no obstante, en supuestos especiales, la atribución por vía indirecta viene encomendada a órganos de otras administraciones (y ello), unido a la naturaleza subordinada de la licencia al planeamiento (y) su control de legalidad, no excluye la intervención de órganos urbanísticos de fiscalización encuadrables en la Administración Central o Autónoma (determina que) la técnica que contempla el precepto discutido de la Ley del Suelo pueda ser útil y merecedor de supervivencia como régimen especial y diferente del general que instaura el artículo 8.º de la Ley 40/1981, de 28 de octubre";* esta larga cita de la Sentencia de 20 de diciembre de 1984 no es, cual se ha indicado, única, por cuanto la misma doctrina ha sido recogida en la ya citada de 17 de octubre del mismo año, en las mencionadas en la transcrita de 15 de junio de 1983, y 24 de febrero de 1984, y en las más recientes de 2 de enero y 4 de noviembre de 1985, aparte de otras resoluciones, donde, dando por sobreentendida tal doctrina, se abordaba tan sólo, cual sucede en la de 31 de diciembre del año últimamente citado, la materia correspondiente a la ilegalidad grave y manifiesta de la licencia suspendida; pero esta unidad doctrinal quiebra con la Sentencia de esta Sala de 21 de febrero del año en curso, la cual, tras reconocer que *la acción urbanizadora trasciende la autonomía municipal para afectar a la competencia del Estado y, en su caso, a las pertenecientes a las Comunidades Autónomas, si ellas han sido constitucionalmente asumidas*, cual acontece en el caso de la de las Islas Baleares, concreta en su fundamento tercero de Derecho "que el mencionado artículo 8.º de la Ley 40/1981 sustituye el sistema de suspensión directa previsto en dicho artículo 186.2 por el de impugnación, debiendo, en su consecuencia, estimarse derogado en cuanto se refiere a la forma procesal que rige dicho control de legalidad de las licencias municipales citadas", concluyendo que "el incumplimiento de este nuevo sistema procesal debe ser calificado de causa determinante de la nulidad de la suspensión directa adoptada al margen del mismo, en cuanto que, al constituir una más rígida protección de la autonomía municipal garantizada por el artículo 140 de la Cons-

titución, su inobservancia supone la utilización de un procedimiento derogado que el legislador ha estimado incompatible con el respeto debido a la concepción constitucional de dicha autonomía”.

Ante estas dos doctrinas contrapuestas es necesario decidir, y al hacerlo preciso es tener en cuenta el principio establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, y reiterado después en otras, de que sólo se debe declarar la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiendo derogación de aquellos preceptos preconstitucionales cuya incompatibilidad con el texto básico resulte indudable, por ser de todo punto imposible realizar una interpretación conforme a la Constitución; es decir, *el Tribunal Constitucional recomienda y aun exige apurar todas las posibilidades de interpretación, y ello, obviamente, y por lo que al caso de autos se refiere, se hizo en la doctrina precedente a la Sentencia de 21 de febrero del año en curso, y como de tal doctrina resulta la subsistencia del precepto cuestionado, pertinente es estar a ella y no a la innovación introducida por la Sentencia referenciada de 21 de febrero de 1986, sin perjuicio, naturalmente y cual señala el Tribunal Constitucional en la señalada Sentencia, de que el legislador, al promulgar una nueva Ley de Régimen Local, realice los ajustes pertinentes para dar eficacia absoluta al principio de autonomía declarado por los artículos 137 y 140 de la Constitución.»* (Sentencia de 5 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7809.)

XV. PROCEDIMIENTO

Competencia de las Comunidades Autónomas.

Vid. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. A) Procedimiento. (Sentencia de 6 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7815.)

XVI. RECURSO ADMINISTRATIVO

A) *Recurso de reposición.*

Subsanación de su falta. La Sala estima no hacer uso de la facultad de subsanación al existir en las actuaciones elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre el fondo emitiendo un fallo favorable.

«Alegada por el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de interposición del recurso previo de reposición, que resulta preceptivo con arreglo al artículo 52 de la Ley Jurisdiccional, al impugnarse directamente una disposición de carácter general por el cauce que establece el artículo 39, párrafo 3.º, de la propia Ley, sin que, en consecuencia, le alcance la excepción recogida en el párrafo 1.º del artículo 53.e) (limitada a las disposiciones de carácter general en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 1.º); se estima por la Sala *no resulta pertinente en el presente caso hacer uso de la facultad de subsanación, prevista en el artículo 129.3 de la citada Ley, del referido defecto que por la Administración ha sido denunciado, al existir en las actuaciones elementos de juicio suficientes para pronunciarse en cuanto al fondo, emitiendo un fallo favorable a la misma.»* (Sentencia de 8 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7648.)

B) *Recurso de alzada.*

La falta de interposición del recurso de alzada contra una desestimación presunta por silencio no puede conducir a la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ya que, al faltar el acto resolutorio expreso, no se le han indicado al interesado los recursos procedentes.

«En esta segunda instancia se alega por el Abogado del Estado la cuestión no planteada anteriormente de la inadmisibilidad del recurso fundada en el apartado c) del artículo 82 en relación con el 37, ambos de la Ley Jurisdiccional, puesto que la resolución presunta emanada de la Dirección del Instituto Nacional de la Salud era susceptible de alzada ante el propio Ministro del Ramo por expresa disposición del artículo 76.2 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, alegación que, no obstante el momento en que se efectúa, ha de ser examinada —y con carácter preferente— porque, como tiene declarado este Tribunal en numerosas Sentencias —así, la de 11 de febrero de 1980 y las que en ella se citan—, *las causas de inadmisibilidad son más que meras excepciones sometidas al principio positivo, constituyendo presupuesto de admisibilidad del proceso en cuanto al fondo y, por ello, examinables en cualquier momento, incluso de oficio, dado el carácter público de las normas procesales*; en cuanto a su estimación, aun admitiendo que concurren las circunstancias recogidas en los apartados 1 y 2 del artículo 76 citado al no existir disposición en contrario y encomendar el artículo 5.1 del Real Decreto 2967/1981, de 18 de diciembre, al Ministerio de Sanidad y Consumo las funciones de dirección y tutela del Instituto Nacional de la Salud, *el hecho de que no se haya agotado la vía gubernativa no debe conducir a la inadmisibilidad del contencioso, porque* —Sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1984— *si en los supuestos de notificaciones defectuosas o erróneas que hayan provocado la elección por el interesado de una vía equivocada la jurisprudencia no llega a esa conclusión, tampoco se puede llegar en casos como el presente en que al faltar el acto resolutorio de la cuestión planteada no se han indicado al interesado los recursos procedentes, con infracción de lo dispuesto en el artículo 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.*» (Sentencia de 26 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 5991.)

XVII. TRIBUNAL DE CUENTAS

Régimen jurídico aplicable en relación al ejercicio de funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas ante el incumplimiento de lo dispuesto en la disposición final tercera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

«Pese a que la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982 obligaba al Gobierno a elevar a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un Proyecto de Ley para ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con regulación de los distintos procedimientos, dicha Ley no ha sido publicada hasta el día de hoy, por lo que ante la falta de enumeración de los casos en los que proceden los recursos de casación y revisión, cumpliendo el mandato contenido en el artículo 24 de la Constitución, que concede a todos los ciudadanos el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, el afectado, por una Resolución dictada por el Tribunal de Cuentas en ejercicio de su función jurisdiccional (como es la recaída en un expediente de alcance y reintegro), no puede ser

privado de uno de los recursos que la propia Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas establece y la Ley Orgánica de la Justicia recoge, residenciándola, además, en esta Sala, sin que sea obstáculo para ello que no exista aún la Ley de funcionamiento del Tribunal, porque la inactividad de cualquier poder del Estado no puede servir para ignorar el mandato imperativo del artículo 24 de la Constitución, sobre todo cuando mediante tal inactividad se aplican preceptos de la Ley que regulan la autotutela del Tribunal y, en cambio, se puede privar a los ciudadanos del derecho fundamental de la persona de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales.

Hay que partir, por lo tanto, de la procedencia de los recursos de casación y revisión contra las Resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas en su función jurisdiccional, procedencia que el propio Tribunal de Cuentas reconoce al admitir a trámite el que ahora se resuelve, anunciado por el recurrente como "recurso de casación", por lo que la única cuestión a resolver es si este recurso está debidamente "preparado", para lo que previamente debe determinarse cuáles sean las normas por las que se rige. Para ello hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982, en su Disposición Final Segunda, dispone que para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en lo no previsto en esa Ley Orgánica y, en su día, por la de Funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación. La Ley de la Jurisdicción Contenciosa no regula el recurso de casación, pero, sin embargo, en su Disposición Adicional Sexta, se remite, como supletoria, a la de Enjuiciamiento Civil, por lo que ante el silencio de la primera de las Leyes, y la aplicación doblemente supletoria de la de Enjuiciamiento Civil, será ésta la que habrá que tener en cuenta para la preparación, interposición y tramitación de los recursos de casación, en espera de que la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, anunciada ya en la Ley Orgánica de 1982, llene el vacío legal ahora existente.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada en 6 de agosto de 1984, entró en vigor el día 1 de septiembre siguiente, y, por lo tanto, era la aplicable cuando se preparó el recurso de casación por el recurrente, mediante escrito de 14 de noviembre de 1984; según el artículo 1694 de la Ley de Enjuiciamiento, el recurso de casación se preparará ante el mismo órgano jurisdiccional que hubiere dictado la Resolución recurrida mediante escrito, en el que se manifestará la intención de interponer el recurso con exposición sucinta de los requisitos exigidos. Complementando este artículo, el 1696 de la propia Ley dispone que si el escrito cumple los requisitos previos vistos en el artículo antes mencionado, la Sala lo tendrá por preparado, remitiendo los autos originales al Tribunal Supremo y emplazando a las partes para su comparecencia ante él en el plazo improrrogable de cuarenta días. Finalmente, el artículo 1703 obliga a quien prepare un recurso de casación a constituir antes de interponerlo un depósito de 25.000 pesetas si las Resoluciones de las dos instancias son conformes de toda conformidad.

En el presente caso, el recurrente no cumplió con los requisitos exigidos en las normas antes extractadas, limitándose a anunciar su deseo de interponer recurso de casación, y acompañando a su escrito el recibo acreditativo de haber constituido un depósito de 1.000 pesetas. El Tribunal de Cuentas tuvo por anunciado el recurso y emplazó a las partes para ante este Tribunal Supremo, por plazo de quince días, remitiendo seguidamente los autos y expediente. Es evidente que tanto el recurrente como el Tribunal de Cuentas han aplicado las normas contenidas en el Reglamento de 16 de julio de 1935, el cual, en su artículo 113, exige la constitución de un depósito de 1.000 pesetas y ordena emplazar a las partes por plazo de quince días en vez del de cuarenta que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero no se aplicó tampoco estrictamente dicho Reglamento, ya que éste atribuye competencia para conocer de los recursos de casación al propio Tribunal de Cuentas, y, sin embargo, en este caso, dicho Tribunal ha estimado competente a este Tribunal Supremo, por lo que, como se ve, se han aplicado las normas de la Ley

Orgánica del Tribunal de Cuentas, normas del Reglamento de 1935, normas de la Ley Orgánica de la Justicia e incluso de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cualquiera que sea el ordenamiento al que se acuda, el recurso anunciado por el recurrente está defectuosamente preparado. Y lo está porque, si se acude a las normas contenidas en el Reglamento de 1935, no se cumplió con el requisito de especificar si el recurso era por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma. Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil prescinde de esta distinción, pero, si se aplican sus normas, no se ha cumplido por el recurrente con el requisito de especificar en el escrito de preparación "la exposición sucinta de la concurrencia de los requisitos exigidos como ordena hacer el artículo 1694 (y no el 1707, como erróneamente cita el Ministerio Fiscal, ya que éste se refiere a la fase de interposición y no a la de preparación), ni se ha acompañado el recibo acreditativo del depósito de 25.000 pesetas. Por ello, si bien no era esta Sala la que debía de dictar auto motivado, denegando la remisión de los autos a este Tribunal Supremo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe de hacerse tal declaración en este momento, ya que la defectuosa preparación del recurso impide que éste llegue a la fase de interposición.

Tampoco puede entenderse interpuesto el recurso de revisión, porque, en primer lugar, el recurrente manifestó que lo que preparaba era el recurso de casación; en segundo lugar, no formalizó su recurso, especificando los motivos de revisión, y, en tercer lugar, no acompañó a su escrito la justificación de haber constituido el depósito que ordena hacer el artículo 1799 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, si bien procede el recurso de revisión, como antes se dijo (y también el de casación), contra las Sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función jurisdiccional, para que puedan admitirse a trámite tales recursos es preciso que se observen las formalidades establecidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o en la de Enjuiciamiento Civil, inobservadas en este caso por el recurrente, por lo que su recurso no debió de ser admitido a trámite, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 1697 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.» (*Auto de 15 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7153.*)

XVIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Plazo interposición.*

1. *Por desestimación presunta de recurso de alzada. Aplicando analógicamente lo dispuesto para entender desestimada una petición y el principio «pro actione», se entiende que el plazo de un año debe empezar a contar desde la desestimación del recurso por transcurso de tres meses y no desde la fecha de su interposición.*

«Como la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no fija el plazo para interponer el recurso jurisdiccional frente a la desestimación presunta del de alzada, pues se limita a fijarlo para la del de reposición y para la de cualquier petición ante la Administración de las previstas en el artículo 38 de la misma —núms. 2 y 4, respectivamente, del art. 58, ambos de referida Ley—, ello ha dado lugar a que, incluso, por la jurisprudencia de este Tribunal se haya entendido que el plazo de un año, siempre preclusivo, unas veces se computa desde que se interpuso el de alzada, por analogía con lo que dispone dicho número 2, y otras una vez transcurridos tres meses desde que la interposición tuvo lugar, en forma análoga a lo dispuesto en el citado número 4.

Partiendo de que es un criterio analógico el que ha de utilizarse, dada esa laguna legal, resulta, en definitiva, más procedente assimilar la desestimación

presunta del recurso de alzada a la de cualquier petición ante la Administración, por más que ésta no sea constitutiva de recurso, como la más reciente doctrina de este Tribunal viene entendiendo, porque no habiendo ninguna razón esencial que imponga la asimilación del recurso de alzada al de reposición, si que, por el contrario, estimamos que la hay para equipararlo al caso previsto en el artículo 58.4, toda vez que es, precisamente, éste el que, también para el caso de desestimación o denegación presunta, remite a la data en que la misma se entiende producida —por más que sea para un supuesto de simple petición—, lo que, en definitiva, obliga a que tal norma se integre con la contenida en el artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por ser ésta, y ninguna otra de la Reguladora de la Jurisdicción, la que concreta cuándo el recurso de alzada se entiende desestimado e indica que queda así expedita la vía procedente, que, precisamente, no es otra que la contencioso-administrativa.

Tal opción, por otra parte, viene exigida, aun en la hipótesis de que, a pesar de lo que se razona, pudieran existir dudas, tanto por el espíritu anti-formalista de la última Ley citada como por el principio "pro actione" reiteradamente consagrado por nuestra jurisprudencia en casos de incertidumbre, con mayor razón cuando de ellos no es dable prescindir al constituir factores indispensables para que pueda materializarse la tutela efectiva por parte de los Tribunales que dispensa el artículo 24.1 de la Constitución.

Como en el caso enjuiciado el recurrente interpuso el recurso ante esta Jurisdicción antes de que transcurriera el año desde que legalmente se entiende desestimado el de alzada, que también oportunamente dedujo, se está en el caso de revocar el Auto apelado y, habiendo éste resuelto en fase de alegaciones previas, visto el estado que el proceso mantiene, procede que la parte demandada formule su contestación a la demanda.» (Auto de 16 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7659.)

2. *El plazo de un año para la interposición del recurso contencioso-administrativo, en caso de desestimación presunta del recurso de alzada, debe computarse a partir del final de los tres meses siguientes a la presentación del recurso de alzada, plazo, por lo demás, cuya inobservancia no siempre conducirá a la inadmisibilidad.*

«Plantea, por primera vez en este proceso, la representación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la cuestión de una causa de inadmisibilidad del contencioso por supuesta extemporaneidad en su interposición, efectuada el 1 de febrero de 1983, ya que el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de 6 de octubre de 1981 fue recurrido en alzada el 29 del mismo mes y año, y entiende que, entre ambas fechas, ha transcurrido con exceso el plazo de un año aplicable en los casos de denegaciones presuntas por silencio.

Lo primero que debe puntualizarse, ante esta alegación, es que el plazo de un año, establecido en nuestra Ley Jurisdiccional (art. 58.2), como es sabido, pertenecía al recurso de reposición, no resuelto expresamente, pero no al de alzada, recurso que con motivo de la promulgación de la Ley de 17 de julio de 1958 recibe en esta cuestión un tratamiento específico al disponer que *el recurso de alzada se entenderá desestimado y quedará expedita la vía procedente si, transcurridos tres meses desde la interposición del mismo, no se notificare al interesado su resolución. Precepto que, aunque al principio no fue bien interpretado, al final prosperó jurisprudencialmente la solución más progresista, entendiéndose que el plazo del año debía computarse a partir del final de los tres meses siguientes al momento de presentación del recurso* —SS de 17 de enero, 14 de marzo y 5 de diciembre de 1967; 30 de octubre de 1968; 5 de marzo y 23 de octubre de 1969, y otras posteriores.

Cierto que, aun con esta interpretación generosa, el plazo para recurrir ante nuestra Jurisdicción vencía el 29 de enero de 1983 (un año a partir de

los tres meses siguientes a la interposición de la alzada, efectuada el 29 de octubre de 1981), por lo que la interposición del contencioso el 1 de febrero de 1983 era extemporánea, aunque fuere por un solo día, al caer el 30 de ese mes de enero en domingo, debido a que los plazos procesales son una respuesta al principio de seguridad jurídica, de precisión matemática, en la medición del tiempo, lo que impide flexibilizaciones y atenuaciones, por mínimas que sean y por bien intencionadas, como rompedoras de esa seguridad y propiciadoras de posturas subjetivas y arbitristas.

No obstante lo dicho, en el supuesto presente no es aconsejable ni prudente acoger la causa de inadmisibilidad que venimos analizando, por las circunstancias que en él concurren, contempladas en su conjunto, y no sólo por la nimiedad de la extemporaneidad, ni por no contar con un día *a quo* seguro, como ocurre en los actos administrativos expresos debidamente notificados, sino presunto, por vía de silencio, lo que en muchos administrados les abre la esperanza de que algún día la Administración cumpla con su obligación de resolver (art. 38.2 Ley Jurisdiccional, 94.3 Ley de Procedimiento Administrativo), sino fundamentalmente porque, sin duda por los motivos expresados, *la Administración no ha hecho la menor objeción sobre este punto ante la Sala de Instancia, lo que desaconseja servirse de la facultad que el derecho nos otorga, fundada en el carácter de orden público del supuesto vicio procesal, para llegar a una solución drástica frustrante, cuando nuestro actual Ordenamiento constitucional lo que quiere es que se conceda, salvo en casos insalvables, la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—, principio reafirmado en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.»* (Sentencia de 24 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6089.)

3. *La pretendida no sujeción a plazo para impugnar los actos nulos de pleno derecho es contraria al principio de seguridad jurídica (artículo 9 CE) y ello no provoca indefensión, puesto que siempre queda abierta la vía judicial frente a la resolución que recaiga a tenor de la aplicación del artículo 109 LPA.*

«La misma suerte desestimatoria corresponde asignar al motivo de apelación en que, fuera ya del ámbito de la causa de inadmisión prevista en el artículo 82.f) de la Ley Jurisdiccional, la Administración General del Estado se opone a la aplicación de tal motivo de inadmisibilidad cuando lo que se impugna ante la Jurisdicción es un acto o acuerdo nulo de pleno Derecho por manifiesta incompetencia del Ayuntamiento para regular materias reservadas a la competencia estatal; nulidad que, en opinión de la parte apelante, puede ser declarada de modo directo y sin sujeción a plazo por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante la cual se acude al amparo del artículo 24.1 de la Constitución española. Pues tal modo de razonar se halla en pugna con los principios garantizados por el artículo 9.1 de la Constitución, de seguridad jurídica y legalidad, referido aquí este último a la normativa legal sobre procedimiento para obtener tal declaración de nulidad, que puede ser, ciertamente, entre otras, la vía contencioso-administrativa —principio *pro actione*, Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1982, de 29 de marzo—, pero con aunado sometimiento a las disposiciones de la normativa legal tipificante del procedimiento para esa declaración que incluye la observancia de los plazos, como así lo comprueban los numerosos Autos del Tribunal Constitucional en que, invocándose también por los interesados nulidades de pleno Derecho por infracción de la Constitución, se califican de inadmisibles demandas presentadas fuera de plazo. Esto aparte de que la tesis apelante hace supuesto de lo que es cuestión al interferir, en clara petición metodológica de principio, el tema de fondo sobre manifiesta incompetencia del Ayuntamiento para adoptar el acuerdo impugnado; y aparte, también, corroborándose así la invocación hecha del principio *pro actione* de que, aun estimado el motivo de inadmisión por inobservancia del plazo para recurrir ante la Jurisdicción

por la vía directa mencionada, no queda inerte o indefensa, como alega, la Administración General del Estado en su actividad fiscalizadora frente a nulidades radicales, pues, sin sujeción a plazo, libre tiene la indirecta vía ante la Jurisdicción concerniente a la resolución que recayere en el procedimiento que a su instancia también cabe promover sobre el tema de nulidad radical a tenor de lo ya previsto en el artículo 109 de la supletoria Ley de Procedimiento Administrativo, en tal concepto aplicable a la esfera de las Corporaciones Locales.» (*Sentencia de 19 de septiembre de 1986, Sala 4.º, Ar. 5967.*)

B) *Inadmisibilidad.*

1. *No procede declarar la inadmisibilidad como consecuencia de la derogación de la norma impugnada.*

«Este primer motivo de oposición debe de ser rechazado, ya que en el momento de interponerse cada uno de los recursos contencioso-administrativos, y en la posterior aplicación de cada uno de ellos, se hallaban plenamente vigentes cada uno de los Reales Decretos impugnados, y, a su amparo, la Administración dictó unos actos administrativos de distinto contenido, entre ellos el percibo de unos determinados cánones, y lo que los recurrentes pretenden es contrastar cada uno de esos Reales Decretos con el Ordenamiento Jurídico en el momento en que la Administración los aplicó. La enunciación de esta causa de inadmisibilidad hace que deba de rechazarse, puesto que, en caso de ser aceptada, la derogación del Real Decreto obligaría a la Administración a devolver lo percibido, consecuencia que ni siquiera enuncia el Letrado del Estado. Además de lo dicho, el artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción no contempla la derogación de una disposición de carácter general, como causa de inadmisibilidad, cuando esta derogación se produce con posterioridad a su impugnación en vía contencioso-administrativa (y no existe satisfacción extraprosesal de la pretensión), y al amparo de ella se produjeron unos actos administrativos que se revisan al mismo tiempo que la disposición de carácter general, como razonan los actores; y siendo tasados los motivos de inadmisibilidad enumerados en el artículo 82 y, por lo tanto, los únicos que pueden oponerse, es obligado concluir rechazando este motivo formal de oposición, ya que, se reitera en el momento de interponerse los recursos contencioso-administrativos, cada uno de los Reales Decretos impugnados se hallaban en vigor, constituyendo actos suficientes para dotar de contenido a tales recursos, según el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción.» (*Sentencia de 5 de noviembre de 1986, Sala 3.º, Ar. 7080.*)

2. *Se aplica la doctrina de la STC de 15 de febrero de 1985 y se obliga a remitir los Autos a la instancia competente.*

«En Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 15 de febrero de 1985 ("BOE" núm. 155, de 5 de marzo de 1985), para evitar la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, se establece la doctrina según la cual los *Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no pueden dictar Sentencias de inadmisibilidad motivadas por la carencia de competencias, pese a lo dispuesto en el artículo 82.a) de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, que se estima derogado, debiendo aquellos Tribunales en todo caso hacer uso de la posibilidad que brinda el artículo 8 de la misma y declarar su incompetencia (mediante Auto) antes de dictar Sentencia.*

En el presente caso, aun siendo defectuosa la notificación de la Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 11 de noviembre de 1983 (que declara inadmisibile el recurso de alzada promovido contra la dictada por la Dirección General del Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social

de 13 de abril del mismo año), ha quedado, no obstante, subsanada al interponerse por el actor el pertinente recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 79.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, si bien deberán remitirse las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que es la competente para conocer, a fin de que siga ante ella el curso de los Autos.

Por cuanto antes se expone, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y, con revocación de la Sentencia apelada, reponer las actuaciones de la primera instancia al estado de acordar sobre la celebración de vista o la presentación de escritos de conclusiones, ordenando la remisión de los Autos para su continuación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por ser la competente para conocer de los mismos, sin que a tenor de lo prevenido en el artículo 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción sea de apreciar temeridad o mala fe para imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.» (*Sentencia de 12 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 8066.*)

C) *Actos impugnables.*

La carta dirigida por el Subsecretario de un Ministerio al Presidente de un Sindicato, diciéndole que no es posible acceder a su solicitud de comisiones de servicio para ejercer la función sindical, es una actuación de trámite recurrible ante la jurisdicción por afectar a un Derecho Fundamental.

«Reitera el apelante que la carta del Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigida al Presidente de USITE (diciéndole que no es posible acceder a su solicitud de comisiones de servicio), no constituye un acto administrativo, sino que está necesitado de otro que sí lo sea. Pero para mantener tal postura no se hace un examen detenido ni de la actuación del Subsecretario ni de las consecuencias de su carta, por lo que se trata de una mera afirmación del apelante, no amparada por la cita de precepto legal alguno, y carente, por lo tanto, de la fuerza para desvirtuar lo razonado en la Sentencia. A ello hay que agregar que la carta es contestación a una solicitud de los recurrentes a una petición para el ejercicio de funciones sindicales, como en la propia carta se dice, y si bien nunca ha sido práctica administrativa contestar a las solicitudes dirigidas a la Administración mediante cartas particulares, sino mediante actos administrativos, a lo que viene obligada la Administración, con mayor motivo esta obligación adquiere importancia relevante cuando lo que se solicita es la posibilidad de ejercitar lo que la Constitución proclama como uno de los Derechos Fundamentales de la Persona. Téngase en cuenta, además, que la forma no constituye parte del acto, o por lo menos no es una parte esencial de éste que le prive de eficacia, salvo cuando así se impongan por una Ley, sin que, además, pueda hablarse en este caso de un acto definitivo de la Administración, sino de una actuación o acto trámite, que, como razona la Sentencia apelada, hace imposible la continuación del procedimiento. Esta Sala ha establecido en reiteradas Sentencias que los Derechos Fundamentales de la Persona pueden ser violados no sólo por actos definitivos, sino también por actos trámite, y por ello hay que estimar que la carta del Subsecretario del Ministro de Educación y Ciencia de 5 de noviembre de 1985, dirigida al solicitante como Presidente de un Sindicato, en contestación a una solicitud para el ejercicio de un Derecho Fundamental, es actuación suficiente para servir de contenido a un recurso jurisdiccional, porque, se reitera, el texto constitucional otorga una especial preferencia a los Derechos Fundamentales de la Persona, y son los Tribunales los que deben velar por la posibilidad de su ejercicio si la Administración no observa las formas que procedan en la tramitación de una petición o so-

licitud presentada ante un Registro Oficial, a la que ningún reparo formal se opuso, ya que, en otro caso, no sólo se infringiría el derecho de libertad sindical, sino el de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales.» (Sentencia de 19 de noviembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 6352.)

D) *Carácter revisor.*

Doctrina sobre la interpretación flexible y actualizada que debe hacerse del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la luz de la Constitución y de la legislación posterior que postulan lograr una justicia real, sin admitir rigores formales.

«La Gerencia Municipal reitera en la presente alzada su alegación de la primera instancia sosteniendo que, a su juicio, la única solución procesalmente correcta es la de declarar la inadmisibilidad del contencioso en cuanto en él se postula la concesión de la licencia de demolición al estimar que, habiéndose citado como impugnado en el escrito inicial del proceso tan sólo el acuerdo denegatorio de la construcción anulado por la Sentencia recaída en primera instancia, no resulta posible incluir en la demanda pretensiones como la de derribo que no guarden conexión con el contenido del acuerdo impugnado, incurriéndose en caso contrario en la causa de inadmisibilidad de la letra g) del artículo 82 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción; y que en cualquier caso, como ya indicaba también en el escrito de contestación a la demanda, había de reseñar que no habría recaído resolución administrativa respecto a la solicitud de derribo, lo cual impedía en forma absoluta que esta cuestión fuera resuelta en esta litis dada la función revisora de la Jurisdicción.

Las expresadas tesis de índole puramente formalista de la Gerencia no pueden ser comparadas por este Tribunal, porque *siendo indiscutido que conforme a la Normativa del Plan Especial las licencias de demolición y de la nueva edificación sustitutiva han de resolverse conjuntamente, no puede argüirse que las mismas no guarden entre sí conexión, por lo que la referida Gerencia debió resolverlas conjuntamente* (máxime cuando estaban pendientes de solución desde el mes de enero de 1978); *ante lo cual sería ahora totalmente contrario a la tutela eficaz que debemos dar los Tribunales por indeclinable exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, que nos abstuviésemos de resolver sobre el fondo de estas licencias con la inadmisibile base de que faltan aún pronunciamientos de la Administración; porque la función revisora de los actos de la Administración, que incumbe a esta Jurisdicción con arreglo al artículo 37.1 de su Ley Reguladora, la autoriza plenamente a juzgar aquí, tanto sobre la licencia de edificación expresamente denegada por el Decreto recurrido de 22 de diciembre de 1985 como sobre la de demolición, que debió resolverse conjuntamente con la anterior*, por lo que no son de aceptar las aludidas tesis meramente rituarías esgrimidas por la Administración demandada e indebidamente acogida por la Sentencia recurrida, porque las mismas conculcan el espíritu que inspira la Ley de nuestra Jurisdicción que se asienta sobre el propósito de lograr la justicia real sin admitir rigores formales, y tales tesis violan también los principios de celeridad, eodard tutela judicial realmente efectiva, extensiva también a la Administrativa —arts. 103.1 de la Constitución, 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, posteriormente, el 6.1 de la de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985—, así como el mandato del artículo 24.1 de la Constitución, que exige dar tutela judicial realmente efectiva, extensiva también a la Administrativa (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1981); debiendo resolverse en los términos concretos con que, asimismo, ordena juzgar el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como ya declaró también esta Sala en su Sentencia de 9 de mayo de 1986; todo lo cual obliga, en conse-

cuencia, a analizar el fondo, ya que nada se opondría más a los expresados principios, que auspiciáramos desde esta Sentencia: la producción de nuevos actos administrativos susceptibles de otros recursos jurisdiccionales para resolver el problema de estas licencias pedidas en el mes de enero de 1978.» (*Sentencia de 24 de octubre de 1986, Sala 4.º, Ar. 6628.*)

E) Legitimación.

Se reafirma la doctrina que entiende derogada la exigencia de legitimación corporativa para la impugnación de reglamentos, aplicando al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

«En cuanto a la excepción de inadmisibilidad del recurso jurisdiccional alegada por el representante de la Administración, basada en la falta de legitimación corporativa del recurrente, no puede ella tomarse en consideración, por cuanto, como tiene ya manifestado esta Sala en varias resoluciones, de entre las que se puede citar la muy reciente de 18 del próximo pasado mes de abril, *tal concepto ha entrado en crisis a partir de la vigencia de la Constitución, por estimarse incompatible con el artículo 24 de la misma, en cuanto él declara el derecho de todas las personas, sin excepción, a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, habiendo entendido un amplio sector doctrinal que el precepto del apartado b) del párrafo primero del artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción se halla derogado, y que sólo es aplicable la regla del apartado a) de los citados párrafo y artículo, que sólo exige que la persona impugnante tenga un "interés directo" en la cuestión objeto del recurso jurisdiccional;* pero tal criterio, que últimamente ha adquirido una gran fuerza, no ha sido unánimemente acogido, por cuanto algunos sectores estiman dudosa la inconstitucionalidad del precepto limitador de la legitimación activa, toda vez que estiman que el ciudadano está suficientemente protegido a través de la impugnación indirecta de las disposiciones generales realizada a través de los actos de sujeción individual, basada ésta, a su vez, a la ilegalidad del texto reglamentario en que se fundamentan; por su parte, la doctrina jurisprudencial inició también rápidamente lo que se ha venido en llamar una interpretación flexible y amplia, como lo ponen de relieve una serie de Sentencias de esta y de las otras Salas de lo Contencioso-Administrativo de este Alto Tribunal, ya mencionadas en la referenciada Sentencia de abril último, tendencia que ha culminado en que el Tribunal Constitucional, al abordar esta cuestión de la legitimación corporativa en sus Sentencias de 16 de octubre de 1984 y 28 de noviembre de 1985, *se ha inclinado por la tenencia aperturista, al estimar, en palabras de la última de las resoluciones citadas, removidos los obstáculos existentes en la normativa anterior, a virtud del alcance que hay que atribuir al precepto primero del artículo 24 de la Constitución, siendo de señalar que si bien la primera de las citadas Sentencias no es tan expresiva, por cuanto basó el amparo por ella concedido a un fundamento formal, al aseverar que la inadmisibilidad declarada lo había sido sin razonamiento alguno expreso, la realidad es que un análisis detenido de la Sentencia anulada, a la vista de la dictada por el Tribunal Constitucional, pone de relieve la insuficiencia de la cuarta alegación de aquélla, que se limitaba a constatar el carácter individual del recurrente y a aseverar seguidamente la falta de concurrencia del requisito corporativista, con lo que, en realidad, ponía de manifiesto la necesidad de un análisis profundo, de otros particulares, a todas luces innecesarios si se exigía la legitimación corporativa cuestionada; en cuanto a la segunda de las Sentencias citadas del Tribunal Constitucional, dando un paso más adelante, en coherencia con las exigencias manifestadas, señala ya la remoción de los obstáculos contenidos en el apartado b) tantas veces referenciado, con lo cual, sin manifestarlo expresamente, lleva a la conclusión de su inexistencia.*

Lo expuesto en la alegación precedente lleva a la desestimación de la excepción de inadmisibilidad alegada, por cuanto, dado el contenido del Real Decreto de 18 de enero de 1984 sobre revalorización y mejora de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, no puede discutirse su carácter de norma de disposición general y la calidad de pensionista del recurrente no le ha sido negada, con lo que no puede decirse carezca de interés en el caso; es decir, pese a concurrir en el caso todos los requisitos que tipificaban la antigua legitimación corporativa, no puede darse lugar a la excepción alegada, por cuanto ello generaría la denegación de la tutela jurisdiccional solicitada y la indefensión del recurrente.» (Sentencia de 9 de junio de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6758.)

F) *Recurso de apelación.*

Se explicita la plenitud del poder jurisdiccional de la Sala de apelación para conocer del fondo del asunto cuando la Sentencia de instancia había pronunciado únicamente la inadmisibilidad del recurso.

«La Sala de Barcelona, en la Sentencia que nos ocupa, por discutirse en estas actuaciones las cuantías de las liquidaciones practicadas a la empresa estibadora accionante por la Organización de Trabajos Portuarios (Ministerio de Trabajo), correspondientes a la Seguridad Social, emite un único pronunciamiento, consistente en la inadmisibilidad del recurso, al entender que corresponde a la Jurisdicción Laboral, en virtud de lo establecido en el número 4 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio.

Establecida, por lo dicho, la competencia de nuestra Jurisdicción, para el conocimiento de la materia a que corresponde la implicada en este proceso, ello obliga, en primer término, a revocar la Sentencia aquí apelada, por sostener tesis contrapuesta, y, en segundo lugar, a entrar en el enjuiciamiento del fondo del recurso, sin atender la solicitud de la empresa accionante, formulada en el suplico de su escrito de alegaciones, de que se devuelvan los autos al Tribunal de la Territorial para que sea éste el que primero se pronuncie sobre dicho fondo. Ello debe ser así porque, *entre una y otra instancia jurisdiccional, dentro de un mismo proceso, no se dan las circunstancias que condicionan el conocimiento de un asunto, en el pase del mismo de la fase administrativa a la judicial, por el carácter revisor de esta última, y la necesidad de que ella opere sobre la existencia previa de un verdadero acto administrativo o de una disposición de carácter general, residenciables jurisdiccionalmente. Por el contrario, en el recurso de apelación que nos ocupa, nosotros, como el Tribunal "ad quem", asumimos institucionalmente todo el poder jurisdiccional, sin condicionamientos ni cortapisas, sin vinculación a la Sentencia recurrida, sino a los hechos probados, al derecho aplicable a los mismos, al acto impugnado y a la pretensión deducida en el proceso y concretada en el escrito fundamental de la demanda.»* (Sentencia de 23 de septiembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 5977.)

G) *Ley de 26 de diciembre de 1978.*

1. *Actos impugnables. Frente a una línea jurisprudencial mayoritaria, se declara inadmisibile en esta vía especial la impugnación de un acto trámite.*

«Limitado por el artículo 6.1 de la Ley 62/78 el procedimiento en ella instaurado a los actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo, es claro que, por un lado, no se puede decir que sea acto administrativo reclamable en esa vía los que no declaran o niegan un derecho u obli-

gación, como es el de una simple oferta y mero requerimiento a contestar en el plazo de quince días si acepta o rechaza la oferta, que constituye un simple acto preparatorio, de trámite, que *per se* no puede afectar al ejercicio de los Derechos Fundamentales de la Persona, como exige el artículo 6.1, para interponer el recurso contencioso-administrativo al amparo de la expresada Ley 62/78; es, pues, un acto preparatorio de los propiamente administrativos que se dictarán después y carece, por tanto, de un contenido declaratorio que afecte al ejercicio de los Derechos Fundamentales de la Persona, protegidos por nuestro Primer Texto y la referida Ley 62/78.» (*Sentencia de 19 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7892.*)

2. *Recurso reposición potestativo. El plazo para su interposición es de diez días, al igual que para interponer el recurso contencioso-administrativo.*

«Interpuesta la presente apelación, tanto por los recurrentes en primera instancia como por el Letrado del Estado, y postulado por éste al igual que ya lo hizo ante el Tribunal *a quo* la declaración de inadmisibilidad, por extemporaneidad, del recurso formulado por los entonces recurrentes, y ahora también apelantes, contra el Decreto 18/1986, de 30 de enero, del Departamento de Enseñanza de la Generalidad de Cataluña, se hace necesario el examen prioritario de tal cuestión, pues, de prosperar tal petición, le estaría vedado a esta Sala todo pronunciamiento sobre el fondo del asunto. A tal efecto es de señalar que el Letrado del Estado argumenta su postura aduciendo que de una interpretación conjunta de los artículos 7.º, apartado 1.º, que establece que "para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo", y 8.1, que determina que "el recurso contencioso-administrativo se interpondrá dentro del plazo de los diez días siguientes a la notificación del acto impugnado, si fuera expreso; en caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos veinte días desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora", se deduce que el plazo de diez días para la interposición del recurso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional contra un acto expreso es el plazo máximo dentro del cual puede interponerse también potestativamente el recurso de reposición, y como el Decreto impugnado fue publicado el día 10 de febrero y el recurso potestativo de reposición fue interpuesto el 8 de marzo siguiente, es decir, ya fuera de plazo, no podía atacarse luego el mencionado Decreto en sede jurisdiccional, según tiene declarada constante doctrina jurisprudencial; argumentando, igualmente, que, además, y en todo caso, la desestimación del recurso de reposición interpuesto el 8 de marzo de 1986 había que entenderla producida a los veinte días, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 62/1978.» (*Sentencia de 9 de diciembre de 1986, Sala 3.ª, Ar. 7690.*)

XIX. RESPONSABILIDAD

A) *Relación de causalidad.*

Supuesto en el que se admite que ciertas deficiencias en la prestación de asistencia hospitalaria, de por sí aptas para producir el fallecimiento de un paciente, generan una responsabilidad de la Administración a pesar de que en el caso concreto concurriera de forma relevante la extrema gravedad del enfermo.

«Al ser necesario, por tanto, examinar si los hechos con que la demandante justifica la procedencia de tal pretensión pueden incidir en un supuesto de

responsabilidad objetiva de la Administración, conviene advertir, ante todo, que aquí no se trata de calificar conductas tildadas de negligentes en el cumplimiento de obligaciones estrictamente profesionales por parte del personal facultativo o auxiliar actuante en ocasión de la hospitalización del que fue esposo de aquella, ni mucho menos de resolver sobre algo tan imponderable jurídicamente como la incógnita constituida por el hecho de que, de haber actuado aquéllos con técnicas profesionales y con procedimientos o modos distintos de los que se les reprocha, el fallecimiento de aquél no se hubiera producido, pues, en cuanto a dichos extremos, con independencia de que la prueba practicada por el Instructor de las diligencias penales, ni el conjunto de éstas abonan una conclusión afirmativa —que, aun en caso contrario, lo que habría determinado hubiera sido una declaración de responsabilidad penal o civil a cargo del citado personal, que de todos modos no compete hacer a esta Jurisdicción contencioso-administrativa—, *lo único que constituye objeto específico de este proceso es que se decida si, en relación con expresados hechos, la Administración debe responder objetivamente como prestadora de un servicio público, para lo que basta con que se acredite que de la prestación se ha seguido una lesión patrimonialmente reparable a la que fuera ajena todo evento de fuerza mayor, siendo exigible, por supuesto y en todo caso, la prueba de un nexo causal entre el funcionamiento de dichos servicios y el perjuicio resultante, siempre aquélla a cargo de quien lo alega*, por más que, en ocasiones como la presente, no pueda ser exigida con plenitud de incontestable convicción, por las características especiales de la causa determinante invocada y las naturales limitaciones de las posibilidades humanas cuando se trata esencialmente de hechos negativos o de conductas pasivas que se entiende no debieron observarse, ante lo que es obligado estar a simples presunciones racionalmente deducibles de otros hechos positivos que se hallen debidamente acreditados.

En el presente caso, la unión al proceso de todas las actuaciones penales permite formar juicio favorable a la viabilidad de la pretensión indemnizatoria que se deduce, porque *el conjunto de la minuciosa y objetiva práctica de aquéllas pone de manifiesto unas efectivas y auténticas deficiencias en el funcionamiento de los servicios del Hospital en que los hechos acaecieron, de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende, ya que, por más que no pueda decirse que fueran la causa única del resultado —pues, incluso, pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad del esposo de la actora al ser hospitalizado—, sí que, ciertamente, bastaba la simple imprevisión del riesgo de que la muerte se produjera si no se prestaba debida y rápidamente la asistencia requerida, y la omisión de la actividad exigible para intentar evitarla con una eficiente e inmediata prestación del servicio, precisamente cuando la mayor eficacia y oportuna coordinación de todos los componentes del mismo es necesaria ante la también siempre previsible —y aquí no prevista— gravedad con que cualquier enfermo puede ser ingresado; pero es que, aunque el día de autos todas estas previsiones se hubieran observado, difícilmente podrían alcanzar su fin en circunstancias como las que da por acreditadas el informe del Instructor de las diligencias penales, en el que, independientemente de apuntar posibles responsabilidades de esta naturaleza, y a pesar de la versión que de sus hechos propios de cada una de las personas implicadas, se consiga como cierto que, cuando llegó el enfermo, ni el portero se encontraba en el sitio en que le era obligado estar, ni el servicio de vigilancia de puertas ni el de camilleros estaba atendido, así como que tampoco pudo ser localizado en el Hospital el Médico de guardia hasta después de transcurrida más de una hora desde que el internamiento de aquél se produjo, y que el Médico cirujano, no obstante haber sido advertido de la extrema gravedad del enfermo, se limitó a dar su conformidad por teléfono con el tratamiento a que se le había sometido, sin personarse en el Centro para decidir si debía intervenirle quirúrgicamente y no aguardar a la mañana siguiente es que procedió a operarle, constanding, por fin, del referido informe que cuando, ante la irreversibilidad de la gravedad del ya operado, hubo de trasladársele a la UVI del Hospital Clínico —por carecer de este ser-*

vicio el Militar— ningún facultativo, sanitario ni subalterno se preocupó de acompañarle en la ambulancia, encomendándose a la esposa del enfermo y a un amigo del matrimonio que cuidaran de sujetar el frasco de goteo del suero, la sonda y el drenaje.

Por otra parte, pone de manifiesto el deficiente modo de prestación de sus servicios por el Hospital Militar la comunicación confidencial que, a los seis días de producirse los hechos, dirigió el Gobernador Militar de la Plaza al Capitán General de la Región, en la que se hacía constar que éstos habían "causado una enorme impresión en esta guarnición, pues es opinión general que, independientemente del padecimiento que sufría" el marido de la actora, "ha influido notablemente en el mismo la falta de atención y de medios por parte del Hospital Militar de esta Plaza", aludiendo a antecedentes que se habían sucedido en el mismo, puesto que afirmaba que, como consecuencia de este fatal desenlace, "así como de otros hechos que, si no de esta trascendencia, sí han dado lugar a quejas sobre la asistencia sanitaria en esta Plaza, se comenta que la misma no llega ni con mucho a la Seguridad Social Civil, y que con la implantación de la asistencia obligatoria en el Hospital Militar se está en clara desventaja respecto de otras guarniciones donde existen Centros Hospitalarios Militares", por lo que la citada autoridad consideraba "de gran importancia los hechos que motivan esta Nota Informativa, por la influencia negativa que en la moral de esta guarnición pueden tener y que de hecho han tenido".

Por consecuencia de lo que queda consignado, es procedente estimar la presente apelación, declarando el derecho de la recurrente, con el carácter en que actúa, a la indemnización pretendida, incluso en relación con el *quantum* de la misma, por considerarse totalmente proporcionado en función de la edad del fallecido, de la profesión que venía ejerciendo y del número de hijos habidos en su matrimonio, sin que concurra circunstancia alguna determinante de que se haga una expresa imposición de costas.» (Sentencia de 29 de julio de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6908.)

B) *Inactividad de la Administración.*

Se declara la responsabilidad de la Administración por los daños causados a la megafonía de una manifestación por unos contramanifestantes, habida cuenta de la pasividad de las Fuerzas de Seguridad para prevenir debidamente los atentados al ejercicio de las libertades públicas.

«Ha de partirse de la evidencia de que constituye un servicio público —por cierto, muy cualificado— el que tiene por finalidad el mantenimiento del Orden Público y la Protección de la libertad y seguridad ciudadanas, sin que esta última pueda entenderse limitada a la esfera estrictamente personal, sino, igualmente, a la de los bienes y derechos personales, con mayor razón cuando éstos sean de los constitucionalmente consagrados, como los de libre expresión, verbal o escrita, de los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1.a)], de reunión y manifestación (art. 21), y de asociación en las condiciones previstas en el artículo 22, y, en tal sentido, no sólo ha de constituir objeto de ese servicio público la simple represión de cualquier conducta ilícita, ajena a quien lo presta, que impida de algún modo el libre ejercicio de aquéllos, sino también la más eficaz y oportuna actuación con la que se impida que dicha conducta se produzca, ya que esta prevención constituye la más efectiva garantía de esa seguridad ciudadana, y si bien es verdad que esta prevención es imposible o difícil cuando racionalmente no es esperable una acción que la ponga en peligro, por el contrario, la ausencia de medidas adecuadas para la consecución de aquella finalidad no puede ser excusable cuando, dadas las circunstancias de un determinado caso, los Organos de la Administración abriguen fundados temores de que la seguridad ciudadana se va a alterar o

que alguien, a través de sus actos, pretende impedir el libre ejercicio de citados derechos.

Tan elemental consideración sirve de pauta para entender que, sin duda alguna, en el caso enjuiciado se estaba en presencia de un servicio público, y para resolver si, efectivamente, la consecuencia lesiva se produjo por la prestación del mismo o, contrariamente, de modo exclusivo por una actuación de personas ajenas a sus prestadores, bien entendido que, para concluir conforme a la primera hipótesis, tan decisivo es que el servicio se hubiera prestado como que no se prestara cuando debía serlo, adoptando, con la debida eficacia, las medidas correspondientes a su específico objeto, porque *tratándose de una responsabilidad puramente objetiva de la Administración, igual trascendencia tiene la simple omisión en la prestación del servicio que el acto de efectiva prestación, por integrantes ambos de un normal o anormal funcionamiento*, a tal punto que, como declaró la Sentencia de este Alto Tribunal de 2 de febrero de 1982, es "inoperante tener en cuenta quién fuera el autor material de los daños y perjuicios" cuando lo cierto es que los mismos "tuvieron su origen en la pasividad administrativa" del titular del servicio público, con tal de que medie "una causalidad próxima o una causalidad razonablemente previsible", de suerte que, para la de 12 de julio de 1985, ha de responder la Administración cuando se aprecie "una falta de servicio", todo ello porque "la acción de la Administración Pública ha de estar siempre regida por criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad" —Sentencia de 18 de enero de 1982—, factores todos ellos integrantes de una total adecuación y eficacia del servicio que se presta.

Según consta del expediente administrativo, la Autoridad gubernativa —que previamente había autorizado una manifestación contraria al aborto— adoptó medidas policiales para evitar posibles incidentes, pero éstas se proyectaron exclusivamente sobre las calles por donde aquélla iba a discurrir, como con insistencia se hace constar en los informes de la Jefatura de Policía y del Delegado del Gobierno cuando consideran ello como motivo de exoneración de toda responsabilidad, pero es que igualmente se deduce de los mismos que se prescindió de que dicha manifestación había de terminar en la Plaza del Castillo, en la que se concentrarían los manifestantes y se pronunciarían discursos difundidos a través de aparatos de megafonía, a pesar de que esta fase final tenía que considerarse totalmente inescindible de la manifestación e, incluso, la que podía ser más conflictiva y exigente de las mismas si es que no de mayores precauciones por parte de la Fuerza Pública, sobre todo cuando consta que existían razones más que suficientes para sospechar que podían surgir alborotos, puesto que de la información policial resulta que, antes de que a las 20,10 horas comenzase la manifestación, es decir, a las 19,36, en la Sala de Seguridad Ciudadana se recibió una llamada indicativa de que "en el quiosco de la Plaza del Castillo un grupo de personas había colocado una pancarta en favor del aborto y contra la manifestación", y, según se explica, "al acudirse en plan de observación no se detectaron incidentes, por lo que el personal volvió a fijar su atención en el recorrido de los manifestantes y siempre cumpliendo las consignas de evitar enfrentamientos que pudieran provocar personas ajenas y descontroladas", razonamiento inaceptable por ilógico e inconsecuente al no alcanzarse a comprender cómo, no obstante ser conocido por la Autoridad que esa concentración en la Plaza formaba parte esencial de la manifestación y de tener que sospecharse que esa actitud hostil, ya manifestada, frente a aquélla era más que suficiente para producir los enfrentamientos, ni consta que se disolviera a los contramanifestantes con la debida antelación, ni que se retirara la pancarta, ni tampoco que se reforzase, o, al menos, se mantuviera en dicho punto la vigilancia de la Policía que había recibido la consigna de que aquéllos se evitaran, como evidentemente podían y debían haberse evitado antes de que, "al llegar" los funcionarios actuantes a referida Plaza a las 20,30 horas, que se dice —por cierto, en total contradicción con lo anteriormente transcrito— fue "el momento en que se informaron", tuvieron ocasión de advertir que "el equipo de megafonía, protegido por varios jóvenes con brazalete amarillo, había sufrido

grandes desperfectos, y al ver que éstos se enfrentaban a otros cincuenta jóvenes incontrolados, avisaron por radio inmediatamente para que se acudiera a dispersarlos, haciéndolo enérgicamente la Policía Nacional, que les obligó a huir por las calles adyacentes”.

De este fragmento del informe de la Jefatura de Policía se deduce que, *aunque la función represiva encomendada a la Fuerza Pública se hubiera producido con la eficacia que en aquél se explicaba, no ocurrió lo propio con aquella otra de carácter preventivo que, a fin de impedir posibles enfrentamientos, se le había ordenado realizar, que debió practicarse oportuna y eficazmente sobre todo desde el momento en que los mismos eran de esperar cuando con bastante anterioridad la misma fue avisada y los Agentes tuvieron ocasión de comprobar que existía un grupo de contramanifestantes que aguardaba la llegada de la manifestación y habían colocado en el quiosco de la Plaza una pancarta en favor del aborto, y, por tanto, conflictiva con el objeto de aquélla, ante lo que actuaron en simple “plan de observación” y, desentendiéndose de tal hecho, volvieron a “fijar la atención en el recorrido de los manifestantes”, por lo que, en puridad, el resultado lesivo no derivó de la conducta de los alborotadores, sino de la de quienes, llamados a impedir con su oportuna intervención que el designio de aquéllos se consumara, se limitaron a adoptar una actitud puramente pasiva sin la que el daño en cuestión no se habría producido.» (Sentencia de 28 de octubre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 6635.)*

C) Terrorismo.

Criterios para la aplicación de la LO 11/1980, de 1 de diciembre.

«Es necesario dejar sentado, ante todo, que la citada Ley que se invoca establece la responsabilidad de la Administración para el caso de que el acto desencadenante de la lesión, material o corporal, sea propio de ella, no pudiéndose prescindir de la esencial circunstancia de que la única finalidad de dicha Ley, según su artículo 1, es que el Estado responda de resultados dañosos que se originen cuando la Autoridad suspenda respecto de concretas personas los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, en el supuesto de que la suspensión cause una lesión no sólo al singular sujeto que personalmente la experimente, en su condición de presunto autor de los hechos que pudieran justificarla, sino también respecto de terceros, si es que la Administración no ha hecho correcta aplicación del número 2 del artículo 55 de la Constitución, que, incluso, puede ser calificada de penal si resulta injustificada o abusiva, lo que, como imprescindible punto de partido, ha de quedar bien claro que la Ley invocada —a diferencia de lo que sucede con el Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979— establece una responsabilidad por hechos propios de la Administración, circunstancia ésta que, aunque más la asimila a la del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico y al 106.2 de la propia Constitución, sin embargo, la distingue de ellas por no surgir de un genérico normal o anormal funcionamiento del servicio público, sino del singular y específico evento de que se haya efectuado una restricción o suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona cuando se realiza alguna de las acciones que, como ilícitas —y, por ende, legitimadoras de la citada potestad—, se tipifican en el número 2 del artículo 1.º, y por eso pudo declararse en la Sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1984 que “la norma contenida en el precepto citado de la Ley 11/1980 no es más que una concreción o referencia a las consecuencias dañosas que para los administrados o particulares en general pudieran tener las acciones antiterroristas en la Ley” —lucha jurídica denominada por la propia Sentencia, frente a las contrarias actividades de los terroristas—, de donde inequívocamente se infiere que la única finalidad de la norma en cuestión no es la de procurar la protección de las personas ante actos ilícitos de un agente extraño a la

Administración, sino la de amparar, incluso a los presuntos autores de éstos, de una irregular suspensión por aquélla de sus derechos fundamentales.

Sin prescindir, pues, de tal premisa, dada la indiscutible condición de tercero por parte de la recurrente y teniendo en cuenta que una obligada interpretación sistemática de ambos números —exigida por las expresiones "asimismo" y "daños y perjuicios" insertas en el num. 3, en principio, la legítima para postular la indemnización por simples daños y perjuicios materiales en cuanto los "daños y perjuicios" aludidos genéricamente en aquél, ante tal hermenéutica, han de ser los que sufran "en la persona, derechos o bienes" especificados en el número 2—, la única cuestión a resolver es si la pretensión deducida tiene respaldo legal cuando *el daño llamado a reparar no fue originado por consecuencia o con ocasión del "esclarecimiento o represión de las acciones a que se refiere la presente Ley", sino por la de la "ejecución" de las mismas, diferenciados supuestos en que la actora se funda para concluir que, toda vez que una de las acciones legalmente previstas se constituye por genéricos estragos como el indiscutiblemente experimentado en sus bienes, la simple "ejecución" de éstos por personas ajenas a la Administración también origina la responsabilidad de ésta.*» (Sentencia de 6 de octubre de 1986, Sala 4., Ar. 7419.)

D) *Acción de responsabilidad.*

No puede ejercitarse por particular lesionado dentro del procedimiento seguido por suspensión de un acto regulado en el artículo 118 LJ.

«Finalmente, y como consecuencia de la revocación de la Sentencia de instancia acordada, cobra toda su fuerza la petición de indemnización de daños y perjuicios actuada por la representación procesal de Promotora I. S., S. A., Compañía a la que F. P., S. A., había transmitido la licencia y la finca a que ella es atinente, por escritura pública autorizada por el Notario de esta capital don Ramón F. P., en fecha 28 de diciembre de 1982, basándose tal petición en los daños y perjuicios causados a la solicitante por la paralización de las obras del edificio autorizado por la licencia, concretando que, si bien los daños y perjuicios es algo indiscutible, puesto que ello se deduce de la paralización misma de las obras, su cuantificación debe realizarse en trámite de ejecución de Sentencia, dada la carencia de datos al respecto, tanto en los autos como en el expediente a los mismos unido; pero tal petición, en apoyo de la cual se citan varias Sentencias de esta Sala, y de modo muy concreto la de 18 de febrero de 1981, por hallarse dictada en un proceso similar al de autos, no puede tomarse en consideración, por cuanto, *aunque es cierto que con arreglo a los artículos 42, 79 y 84 de la Ley Jurisdiccional, un pronunciamiento de esta naturaleza no precisa haya sido objeto del expediente, e incluso la petición puede demorarse al trámite de vista a conclusiones, la realidad es que una declaración de esa naturaleza precisa de una serie de condicionamientos que en el caso no se dan y que son desde ocupar el peticionario la posición de actor en el proceso contencioso-administrativo, como claramente se infiere del contenido del artículo 42 mencionado, situación jurídico-procesal que en el caso no tiene la Compañía peticionaria, pues ella, en su caso, corresponde a la Administración actora de la suspensión, hasta que ésta, contra lo que la petición se actúa, tenga ocasión y posibilidad de defenderse, lo que tampoco acaece, y ello tanto por las características especiales que tiene el proceso del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional cuanto porque ni siquiera el contencioso-administrativo ordinario admite la figura procesal civil de la reconvencción, todo lo cual determina una situación de indefensión que, por principio, no es admitida por nuestro ordenamiento constitucional; todo ello determina la*

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

procedencia de rechazar la petición actuada en el mismo límite de su planteamiento, sin perjuicio de reservar a la Compañía peticionaria los derechos que, en su caso, puedan corresponderle, para que, si lo estima pertinente, los actúe contra la Administración autora del acto de suspensión, cuya alzada ha sido decretada.» (*Sentencia de 5 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 7809.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS