

## II. NOTAS

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## A) EN GENERAL

**SUMARIO:** I. FUENTES: A) *Reglamento*: 1. Potestad reglamentaria de los Ministros. 2. Reglamento independiente. Estatutos de Universidad. 3. Control Judicial. 4. Comunidades Autónomas: a) Sustitución del Dictamen del Consejo de Estado. b) Aplicación del artículo 130.1 LPA. B) *Principios Generales del Derecho*: «*Protección de la confianza legítima del ciudadano*».—II. ACTO: A) *Elemento causal*. B) *Suspensión de la ejecutividad*: 1. Gastos por concesión de aval. 2. No procede si existe Sentencia confirmatoria del acto.—III. CONTRATOS: A) *Naturaleza. Arrendamiento de plaza de toros*. B) *Fianzas. Devolución en el supuesto de modificación del contrato*.—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía Local: País Vasco*. B) *Derecho a la tutela judicial*.—V. COLEGIOS PROFESIONALES: *Competencias de las Comunidades Autónomas*.—VI. DOMINIO PÚBLICO: *Cementerios*.—VII. FOMENTO: *Subvención. Naturaleza de acto modal*.—VIII. DEPORTE: *Competencias Administrativas*.—IX. TURISMO: *Competencias. Planes de Ordenación de Centros de interés turístico*.—X. UNIVERSIDADES: A) *Organización. Departamentos*. B) *Estatutos*.—XI. SANCIONES: *Principio de legalidad*: 1. Relaciones de sujeción especial. 2. Habilitación legal.—XII. DERECHOS FUNDAMENTALES: *Derecho a la tutela judicial efectiva*.—XIII. URBANISMO: *Planeamiento*: 1. Competencias municipales y autonómicas en la formación y aprobación de los planes. 2. Relación Plan general-Plan especial. 3. Publicación. Alcance del artículo 70.2 LBRL.—XIV. RECURSOS ADMINISTRATIVOS: A) *Recurso económico-administrativo*. B) *Recurso de alzada*.—XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Medida cautelar. Carácter provisional y modificable del auto de suspensión*. B) *Recurso extraordinario de apelación en interés de la ley. Comunidades Autónomas*.—XVI. RESPONSABILIDAD PATRI-MONIAL: *Lesión indemnizable*.

## I. FUENTES

### A) *Reglamento*.

1. *Titularidad potestad reglamentaria. Los Ministros pueden dictar Reglamentos en materia de su competencia particular. Validez de la Orden Ministerial reguladora de la Profesión de Detective Privado.*

«En esta segunda instancia las alegaciones del apelante se concretan en la pretensión de nulidad de los actos administrativos impugnados con base en la supuesta nulidad de la Orden del Ministerio del Interior de 20 de enero de 1981 reguladora de la profesión de Detective Privado puesto que a su juicio el artículo 97 de la Constitución atribuye de forma exclusiva la potestad reglamentaria al Gobierno y que el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado atribuye a los Ministros el ejercicio de la potestad reglamentaria solamente en las materias propias de su Departamento que

según la Sentencia de la entonces Sala 4.<sup>a</sup> de este Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1986 por tales materias ha de entenderse "las cuestiones de carácter organizativo" y las relativas a "relaciones especiales de sujeción como son las funcionariales y en general las de todo el personal al servicio de la Administración pública", siendo claro —continúa diciendo— que la Orden del Ministerio del Interior de 20 de enero de 1981 que regula la profesión de Detective Privado no se refiere a personal que tenga con la Administración Pública una relación funcional, ni es personal al servicio de la Administración Pública y que en contra de lo afirmado por la sentencia de instancia que estima que "el sometimiento a pura licencia administrativa y la regulación de los requisitos para su otorgamiento y el ejercicio de esta profesión deben reputarse materia propia de una relación de supremacía especial y no una normativa abstracta y general", sostiene que no existe relación de sujeción especial de los profesionales afectados por la Orden para con la Administración al no tratarse de funcionarios ni de personal al servicio de la misma, y que en cualquier caso la regulación del ejercicio de una profesión es típica materia reservada al Gobierno, como forma normativa reservada a su potestad reglamentaria.

Sobre la potestad reglamentaria de los Departamentos Ministeriales ha tenido oportunidad de pronunciarse este Tribunal Supremo en diversas ocasiones y así en la Sentencia de 15 de junio de 1982 se pronunció en el sentido de que el artículo 97.1 de la Constitución no podía interpretarse en el sentido de privar de toda competencia a los titulares de cada Departamento ministerial y atribuir la potestad reglamentaria al Gobierno porque ya el artículo 98.2 del mismo texto legal después de reconocer la función directiva y coordinadora del Presidente del Gobierno deja a salvo la competencia y responsabilidad de los miembros del mismo en su gestión, atribuyendo el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado a los Ministros como Jefes de sus Departamentos la potestad reglamentaria en materias propias.

Sobre la cuestión aquí debatida —la legalidad o no de la Orden del Ministerio del Interior de 20 de enero de 1981 reguladora como ya se ha dicho de la actividad de la Investigación Privada— las Sentencias de esta Sala que se dicen han tenido ocasión de pronunciarse y así la Sentencia de 20 de diciembre de 1988 manifiesta que dicha Orden que regula la profesión de Detectives Privados carece de la naturaleza de Reglamento General para la ejecución de una ley, siendo su naturaleza la de una reglamentación particular referida a una competencia propia del Ministerio del Interior cuya potestad genérica se fundamenta en el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico y la específica, en cuanto habilitación para su ejercicio sobre materia regulada en aquél, en la atribución de la competencia exclusiva sobre seguridad pública al Estado por el artículo 149.1.29 de la Constitución entendida en el sentido amplio con que se manifiesta en su artículo 104, es decir, como protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantía de la seguridad ciudadana, cuestiones sobre las que puede incidir la actividad de los Detectives Privados. La Sentencia de 29 de noviembre de 1988 dice que la potestad reglamentaria originaria corresponde exclusivamente al Gobierno, pero ello no empece para que los Ministros la ejerzan en las materias propias de su Departamento entre las que se comprenden las organizativas y las relaciones especiales de supremacía entre las que se encuentra el ejercicio de la profesión de Detective Privado.» (*Sentencia de 8 de junio de 1990, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 8.<sup>a</sup>, Ar. 4917.*)

2. *Reglamento independiente. Estatutos de Universidad. Procedimiento de elaboración y control de legalidad por la Comunidad Autónoma.*

«El procedimiento de elaboración de los Estatutos de las Universidades, tiene la naturaleza jurídica de “reglamentos autónomos”, pues aunque tengan su norma habilitante en la Ley de Reforma Universitaria — Disposición Transitoria Segunda, punto uno —, aquéllas no son en realidad normas dictadas en desarrollo de la indicada Ley, sino utilización de una potestad propia autónoma de autoordenación en los términos en que la ley lo permite; por ello, en su elaboración no se siguen los trámites ordinarios de los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino el específicamente determinado en las disposiciones correspondientes a la citada Ley de Reforma Universitaria, y en particular, en lo dispuesto en su artículo 12 y en su Disposición Transitoria Segunda; así, el aludido precepto legal establece que: “1) Las Universidades elaborarán sus Estatutos y, si se ajustan a lo establecido en la presente Ley, serán aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente”; pues bien, de la literalidad de este precepto —“si se ajustan a lo establecido en la presente Ley” —, se infiere que dicho Organismo Autónomo tiene competencia para ejercer el control de la legalidad de los Estatutos de la Universidad que han de someterse a su aprobación a este respecto, lo que de suyo implica que tal actividad de control, limitada a la legalidad de los Estatutos, no conculca ni vulnera el principio de la “autonomía universitaria” recogido en el artículo 27.10 de la Constitución española, y desarrollado en el artículo 3.2 de la Ley de Reforma Universitaria, extendiéndose fundamentalmente dicho control a la legalidad a determinar si existe vulneración de la referida Ley Fundamental o de los Estatutos de la Comunidad Autónoma correspondiente que aquélla ampara.

Ante el silencio de la citada Ley de Reforma Universitaria al no haber regulado el procedimiento a seguir en el supuesto de que el Gobierno o el Consejo Autónomo correspondiente, estime que el contenido de los Estatutos es ilegal, limitándose a señalar la procedencia de dicho control de ilegalidad y a fijar un plazo de tres meses para que opere, en su caso, el instituto del silencio administrativo positivo; por ello, se plantea un problema en el supuesto de que —como ocurre en el supuesto de actual referencia—, habiéndose elaborado por el Claustro Constituyente de la Universidad, y aprobado por el mismo, unos Estatutos, sin embargo, no se logra la aprobación por el Órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente, quien estimando la existencia en aquéllos de ilegalidades y otras irregularidades de menor entidad jurídica, suspende el pronunciarse sobre la aprobación de los Estatutos interesada por la Universidad y devuelve los mismos a ésta a fin de que se subsanen dichas ilegalidades e irregularidades que se apuntan, complicándose la cuestión cuando recibidas por el Claustro Constituyente dichas actuaciones y reuniéndose éste durante varias sesiones no se logra en ninguna de ellas el *quorum* de asistentes a las mismas para lograr en ellas los acuerdos pertinentes; pues bien, como acertadamente determina el Consejo de Estado, tal problema jurídico no se soluciona con un criterio único ya que las “objeciones de ilegalidad” y las irregularidades de menor entidad, a las que antes se alude, pueden tener unos fundamentos y unas consecuencias radicalmente diferentes, según los diversos supuestos en que puede apreciarse la contradicción entre las normas estatutarias de la Universidad sometidas a control de la Comunidad Autónoma respecto de su legalidad, y el Ordenamiento Jurídico vigente, en particular con la Constitución y con el Estatuto de Autonomía de aquélla y así como con la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

Las normas de los Estatutos de la Universidad de Alicante, elaboradas por su Claustro Constituyente, que han sido objeto de modificaciones introducidas por la Administración Autonómica Valenciana, lo han sido por razones

jurídicas de ilegalidad suficientemente claras, las cuales por ser contrarias al Ordenamiento Constitucional, y al Estatuto de la Comunidad Valenciana y a la Ley Orgánica 11/1983, sin que esa ilegalidad afecte en realidad al núcleo de la voluntad constituyente al referirse exclusivamente a la necesidad del ajuste jurídico de aquéllas al Ordenamiento legal apuntado que le sirve como parámetro de dicha ilegalidad —estructuración de Organos y Centros de la Universidad sin seguir los requisitos exigidos por la mentada Ley Orgánica o incumpliendo la legalidad precisamente en puntos tan básicos como son los de autoorganización o aquellos otros en los que la Universidad, extralimitándose en su competencia, declara la necesidad de seguir o no seguir fines u objetivos que nada tienen que ver con aquellos que delimitan el campo de la actividad universitaria, como acertadamente razonan los fundamentos jurídicos esgrimidos por la Administración para proponer a la Universidad su modificación—; pues habrá de depender de la naturaleza de los defectos de legalidad, acusados por la Administración Autonómica Educativa actuante, la necesidad de que, o bien se vuelva a ratificar la voluntad constituyente, en el sentido de acomodarse a la legalidad so pena de la entrada en vigor de unos Estatutos Provisionales de la Universidad previstos en la normativa citada, o bien baste con efectuar la simple adaptación, del texto remitido a control y aprobación administrativa, a la legalidad vigente sin necesidad de ratificación por dicha “voluntad”. Pues bien, en el supuesto de actual referencia advertida, por la Administración referida, la ilegalidad de las normas expresadas de los Estatutos de la Universidad de Alicante elaborados por su Claustro Constituyente, aquélla optó por volver a someter dichas normas estatutarias, en las que dicha ilegalidad era advertida, a una nueva reconsideración por el Claustro Constituyente de la Universidad acompañando una “propuesta” de nueva redacción de aquéllas por referido Organismo Universitario, mas éste no tuvo ocasión de manifestarse sobre ello a causa de que, en las diversas sesiones convocadas de referido Claustro a tal fin, no se logró el *quorum* suficiente de asistentes al mismo para adoptar el acuerdo pertinente con validez jurídica; ahora bien, este proceder de la Administración, con ánimo de conjugar la voluntad constituyente de dicho Claustro de la Universidad, con la legalidad de las normas estatutarias elaboradas y no aprobadas por la Administración, fue jurídicamente innecesario, porque aquélla pudo en su primer Acuerdo de 13 de mayo de 1985, en vez de efectuar dicha devolución, y teniendo en cuenta que todas las modificaciones advertidas e introducidas lo eran por razones de legalidad, a la vez que rechazaba la aprobación del texto de los Estatutos elaborado por el aludido Claustro Constituyente, pudo la Administración, y así lo hizo, adaptar dicho texto a la legalidad vigente, y con el fin de evitar el vacío jurídico estatutario, lo que unido a que por la Universidad de Alicante no elaboró unos nuevos, ni impugnó los aprobados por el Consell de la Generalitat Valenciana, mediante su Decreto 107/1985, de 22 de julio, sino que antes al contrario dicha Universidad reflejó, en un Acuerdo adoptado por mayoría, su conformidad con el mismo, llegando incluso a coadyuvar con la Administración, bajo una misma postulación procesal, en el recurso de la primera instancia, donde se produjo la sentencia al presente combatida, solicitando la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la U. V. y consiguiente mantenimiento del aludido Decreto 107/1985 aprobó unos Estatutos de la Universidad de Alicante, que hubieran pasado a adquirir el carácter de “provisionales” si la Universidad los hubiera impugnado en la vía jurisdiccional, caso de no estar de acuerdo con su contenido; pero lo cierto es que dicha Universidad ni elaboró dentro de plazo unos nuevos, ni mostró su disconformidad con los aprobados por el Consell de la Generalitat Valenciana, sino antes al contrario, aquélla reflejó en un Informe, adoptado por mayoría de los asistentes al Claustro, su conformidad con dichos Estatutos de la Universidad, hasta el punto de que, habiendo interpuesto la “U. V.” el

recurso contencioso-administrativo, donde se produjo la sentencia ahora combatida, contra el Decreto 107/1985, de 22 de julio, donde se disponía dicha aprobación, la Universidad de Alicante se persona en el mismo, coadyuvando con la Administración Autonómica, y solicitando la desestimación de aquel recurso y el mantenimiento del decreto impugnado.» (*Sentencia de 4 de mayo de 1991, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4374.*)

### 3. Control Judicial.

*La reproducción literal por un reglamento de los preceptos de una ley impide el control judicial ordinario de aquél por motivos sustantivos, puesto que equivaldría a ejercer un control sobre la ley.*

«En esta segunda instancia reitera el apelante sus peticiones hechas a la Sala de primera instancia, es decir, que se declare la nulidad del Título I del Decreto de la Comunidad Autónoma de Murcia de 28 de febrero de 1985, que desarrolla la Ley Regional de 27 de diciembre de 1984, que creó el "recargo sobre la Tasa que grava los juegos de suerte, envite o azar", previo planteamiento en su caso de la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley mencionada.

Ya pone de manifiesto la sentencia que el mismo actor reconoció que el Reglamento impugnado es una transcripción de la Ley que desarrolla. En efecto, la Asociación recurrente dice literalmente en su escrito de demanda —Hecho segundo— que "En el título I del Reglamento —artículos 1 a 8— se desarrolla mediante práctica reproducción de la Ley, el establecimiento del recargo sobre la Tasa del juego, devengo, sujeto pasivo, responsable solidario, cuantía del recargo, obligaciones formales, comprobación e investigación y sanciones". Sin tanta claridad, la parte apelante vuelve a reiterar la igualdad, en estos puntos concretos, entre el Reglamento y la Ley que desarrolla.

Esta "práctica reproducción" de la Ley por el Reglamento impugnado, hace que esta Sala no pueda entrar a resolver sobre la ilegalidad de tal Reglamento, porque ello equivaldría a la fiscalización de una norma con rango de Ley de una Comunidad Autónoma, con infracción de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución, que atribuye el control de la actividad de las Comunidades Autónomas al Tribunal Constitucional, en lo relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de Ley, y a esta jurisdicción contencioso-administrativa el de las normas reglamentarias. En el ejercicio de esta última fiscalización, esta Sala podrá controlar si un Reglamento es contrario a la Ley que desarrolla, se excede de la potestad reglamentaria o adolece de vicios formales que lo invaliden, pero evidentemente no puede fiscalizar su constitucionalidad, cuando éste, como antes se ha dicho, se limita a copiar literalmente, los preceptos de la Ley, porque ello equivale a controlar ésta, y ello es propio del Tribunal Constitucional, no de esta Sala. Por ello, como ya dijo la sentencia apelada, deben de desestimarse todos los razonamientos mediante los que la entidad entonces recurrida y ahora apelante, impugna el Reglamento por motivos sustantivos, quedando únicamente por examinar si existe algún defecto formal que lo invalide.» (*Sentencia de 15 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2901 de 1990.*)

#### 4. Comunidades Autónomas.

a) *El preceptivo Dictamen del Consejo de Estado puede ser sustituido en la elaboración de Reglamentos de las Comunidades Autónomas por Informes Jurídicos emitidos por la Secretaría General Técnica de la Consejería correspondiente y por la Dirección Regional de lo Contencioso y de la Asesoría Jurídica.*

«En el aspecto últimamente mencionado, es decir, en el formal, acusa la parte apelante al Reglamento de nulidad por falta de dictamen del Consejo de Estado, que entiendo es preceptivo. Este motivo podría tener trascendencia —y posteriormente se examinará esta cuestión— en caso de que nos halláramos ante un propio y verdadero Reglamento de desarrollo y ejecución de una Ley, pero carece de fuerza alguna en casos como el presente, en los que el Reglamento es innecesario, al limitarse a transcribir los preceptos de la Ley, y es evidente que para dictar éstas, el dictamen del Consejo de Estado no es necesario. Sin perjuicio de lo que antecede, este Tribunal ha resuelto recursos semejantes al actual, estableciendo la doctrina de la necesidad de tal dictamen, cuando se reglamente por la Comunidad Autónoma materias reguladas por las normas estatales, y su innecesidad en aquellas otras materias reguladas exclusivamente por normas dictadas por la Comunidad, dentro del ámbito de su competencia, ya sea inicial, ya sea transferida. Otras muchas sentencias de este Tribunal, han admitido la validez de las disposiciones reglamentarias de las Comunidades Autónomas, en aquellos casos en los que el dictamen preceptivo del Consejo de Estado ha sido omitido, pero existe, en cambio, dictamen emitido por el Órgano Consultivo correspondiente de la Comunidad, en cuyo sentido puede citarse la reciente Sentencia de la Sala de Revisión de 24 de noviembre de 1989, que declaró eficaz un Reglamento en el que el dictamen del Consejo de Estado había sido sustituido por el de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad. Esto es lo ocurrido en el presente caso, en el que el dictamen del Consejo de Estado es inexistente, pero existe un informe del Secretario General Técnico de la Consejería de Economía y Hacienda y Empleo de la Comunidad, sobre el proyecto de Decreto —folios 10 y 11 del expediente—, otro informe de la Dirección Regional de lo Contencioso y de la Asesoría Jurídica —folios 20 al 23 del expediente— e incluso un tercer informe del propio Director General de dicha Asesoría jurídica —folios 24 y 25—, por lo que ha de entenderse cumplido el requisito del informe necesario para la eficacia del Reglamento debatido y desestimarse por ello, este motivo del recurso.» (Sentencia de 15 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2901 de 1990.)

b) *La elaboración de los Reglamentos autonómicos debe someterse a la legislación básica administrativa, y en consecuencia al Informe preceptivo de la Secretaría General Técnica y órgano competente de la Comunidad Autónoma, puesto que el artículo 130.1 LPA contiene normas relativas al procedimiento administrativo común.*

«En lo que se refiere a la causa de nulidad en que se funda la sentencia apelada, fundamento octavo; haberse infringido el artículo 130.1) de la Ley de Procedimiento Administrativo, procede hacer, en relación con los motivos aducidos por la Generalidad de Cataluña en este recurso de apelación, los siguientes razonamientos: 1.º) La aplicabilidad del mentado artículo de la Ley

Procedimental Administrativa a las Comunidades Autónomas en la elaboración de las disposiciones administrativas que promulguen sus órganos de gobierno según el artículo 149.1.18.<sup>a</sup>) de la Constitución por el que se declara la competencia exclusiva del Estado en la regulación del procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de su propia organización, competencia que no contradice la de organizar las Comunidades Autónomas sus órganos de autogobierno, toda vez que por el mentado artículo 149.1.<sup>a</sup>.18.<sup>a</sup>) se garantiza la igualdad de trato de todos los administrados de la Nación como se explicita en ese precepto. 2.<sup>o</sup>) La inexcusable emisión del informe preceptivo por la Secretaría General Técnica, u órgano competente según las disposiciones de la Comunidad Autónoma, como garantía de acierto técnico jurídico de la disposición; que en este supuesto no se produjo por ninguno que tuviera atribuida una función de asesoramiento del competente para elaborar o promulgar el Decreto impugnado de 21-1-83. 3.<sup>o</sup>) El Decreto de 4-2-83 publicado en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña el 16-2-1983 no entró en vigor hasta el día siguiente, según lo dispuesto en su disposición final segunda; asumiendo las funciones en el mismo atribuidas a las Secretarías Generales a partir de la vigencia del mismo, de lo que se deduce que aquéllas eran las previstas en el artículo sexto de la Orden de 2-XI-80 dictada en desarrollo del Decreto de 3-X-80: la elaboración de informes, dictámenes y estudios en relación con todos los asuntos de carácter técnico-administrativo, ya que las funciones de las Secretarías Generales creadas en sustitución de las Técnicas por la Ley del Parlamento de Cataluña de 23-3-82 no habían tenido el consiguiente desarrollo reglamentario; no habiéndose derogado el Decreto de 18-9-78 y disposiciones complementarias sobre organización y competencias de las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos de la Generalidad hasta la entrada en vigor del mentado Decreto de 4-2-83 según su disposición final primera; por lo cual en el tiempo en que se elaboró el Decreto recurrido se mantenían las funciones y denominación de las Secretarías Generales Técnicas; sin perjuicio de que en virtud del artículo 2.<sup>o</sup>.b.3) de esa disposición no se deroga, lo que sería contrario a la norma constitucional indicada y al artículo 130.1) de la Ley de Procedimiento Administrativo, la exigencia de trámite a que se contrae este precepto, pues la función atribuida a las nuevas Secretarías Generales de elaborar y tramitar y además, en su caso, realizar el estudio y el informe de las disposiciones generales comprende la de informar, ya sea elaborando el proyecto de disposición, o de haberse formulado el proyecto por otro órgano informar acerca de su procedencia; de todo lo cual se deduce la inexistencia de un trámite previo y esencial en la promulgación del Decreto impugnado con su correlativa nulidad como acertadamente se resolvió por el Tribunal de Instancia.

La ausencia del informe previo de la Secretaría General Técnica del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña con el efecto de nulidad radical apreciada por la Sala de Instancia, debe afirmarse en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto contemplado en este proceso, ya que la aprobación del Plan de Saneamiento y la implantación del sistema económico-financiero para garantizar su costo, presuponia la exigencia de la emisión de un informe desde la vertiente técnica y jurídica que asegurara el acierto y oportunidad de su promulgación en relación con la aplicación del Plan aprobado por la Junta de Saneamiento y la correlativa viabilidad de las cargas económicas y financieras que comportaba para los usuarios, entidades suministradoras de agua y a la propia Administración, elementos de juicio que no resultan acreditados en el expediente ni técnica ni jurídicamente careciéndose de base para emitir un juicio acerca de la procedencia del Decreto impugnado, y por ello con evidente indefensión de los intereses de los sujetos afectados por las cargas económicas a los que no se les confirió el trámite de audiencia artículo 130.4) de la Ley de Procedi-

miento Administrativo que desconocen los factores determinantes de la proporcionalidad de los incrementos de tarifas y canon de saneamiento que se deriva de esa disposición, que por falta del meritado informe de carácter preceptivo impide estimar si podría alcanzar el fin propuesto relativo al saneamiento de una zona del territorio de la Región Catalana; por lo cual, en este caso, no cabe entender aplicable la doctrina de esta Sala, entre otras la Sentencia de 18-4-86, que aplican con un criterio flexible el meritado artículo 130.1) de la Ley de Procedimiento Administrativo frente a la numerosa jurisprudencia, que estima como causa de nulidad radical su omisión, sentencia, además de las citadas por el Tribunal de Instancia la de 21-3-86 que apreció la incidencia de nulidad de Pleno Derecho conforme al artículo 47.1.c) por no haberse emitido ese informe en la promulgación de una Orden Ministerial, sin que pudiera subsanarse como en este caso por otros informes técnico-jurídicos antes de someterse al órgano competente para su promulgación.

Promulgada la Ley del Parlamento Catalán de 4-6-81 en el ámbito de la competencia que le concierne en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.6) de su Estatuto de Autonomía: "Protección del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de la Generalidad para establecer normas adicionales de protección" en el marco de la legislación básica del Estado; y la de ejecutar la legislación del Estado, artículo 11.10): "Vertidos industriales y contaminantes en aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral catalán", en cuanto éstos puedan verse afectados por el saneamiento de las cuencas hidrográficas indicadas en ejecución de la legislación del Estado, no es pertinente, dada la competencia de esta Jurisdicción, entrar a conocer la adecuación de una Ley al contenido de la legislación básica del Estado, según lo dispuesto en el artículo 1.º) de la Ley de 27-XII-56 y la normativa reguladora de los recursos de inconstitucionalidad que se puedan interponer contra las disposiciones legales de las Comunidades Autónomas, y por ello el Decreto impugnado al desarrollar una Ley del Parlamento de Cataluña debe contemplarse como una disposición administrativa sometida en su elaboración a las normas propias de esa Comunidad, sin necesidad de someterse al dictamen del Consejo de Estado, circunstancia perfectamente razonada por el Tribunal *a quo*, pero sí en su elaboración a la legislación básica administrativa, al informe preceptivo de la Secretaría General Técnica u órgano competente del gobierno de la Comunidad Autónoma.» (Sentencia de 7 de marzo de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 2516.)

- B) *Principios Generales del Derecho: «Protección de la confianza legítima del ciudadano». Debe aplicarse el principio general para resolver el conflicto entre la estricta legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma.*

«Además de los fundamentos jurídicos en que se basa la sentencia apelada para estimar los recursos contencioso-administrativos acumulados, interpuestos respectivamente por las Congregaciones Religiosas demandantes, reconociéndoles la situación jurídica individualizada de cada una de ellas que actuaban en las respectivas demandas, cuyos fundamentos se aceptan e incorporan sustancialmente en la presente; se ha de destacar el hecho demostrado en las actuaciones de que todas y cada una de las Congregaciones demandantes-apeladas, venían disfrutando de subvención oficial para sus actividades docentes en el curso escolar 1984-1985, por aplicación de la Orden Ministerial, de 16 de mayo de 1984, y, aunque la Orden Ministerial de 30 de julio de 1985, prorrogaba las subvenciones al curso siguiente 1985-1986, salvo que "no sea necesario su funcionamiento", sin embargo por la Administración se



les aplicó el criterio de que la relación profesor-alumno no alcanzaba el mínimo de un profesor para cada 35 alumnos, produciéndose la supresión de una "Unidad Docente" y la de "Dirección", cuando ya había pasado un trimestre del Curso, por estimar no ser necesario dicho funcionamiento, con lo cual se dio lugar a que los referidos Centros Privados comenzaran el curso con pleno funcionamiento de referidas Unidades que luego fueron suprimidas, estableciendo su sistema de enseñanza con aportación de medios materiales, personales y económicos, con arreglo a la anterior estructura, siendo obvio que hubieron de aportar las oportunas cantidades dinerarias para sufragarles; pues bien, como ya tiene declarado esta Sala en reiteradas sentencias, de las que son una muestra las de 1 de febrero y 3 de mayo de 1990, en el conflicto que se suscita entre la "estricta legalidad" de la actuación administrativa y la "seguridad jurídica" derivada de la misma, tiene primacía esta última, por aplicación de un principio, que aunque no extraño a nuestro Ordenamiento Jurídico bajo el epígrafe de *bona fides*, ya fue recogido en nuestra sentencia de fecha 28 de febrero de 1989, cual es el principio de "protección de la confianza legítima del ciudadano" al actuar de la Administración, que ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que forma parte España, cuyo principio es de aplicación, no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se basa en signos o hechos extremos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la "apariencia de legalidad" de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha "apariencia de legalidad", que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente.» (Sentencia de 8 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 5180.)

## II. ACTO

- A) *Elemento causal. Necesidad de que la decisión administrativa se funde en un interés público. Se anula por ser una decisión arbitraria y sin causa la supresión de la Virgen de la Sapiencia del Escudo de la Universidad Valenciana.*

«A diferencia del derecho civil en que se distingue entre "causa", que es siempre objetiva, y "motivo y fin" del negocio jurídico, que es subjetivo o personal, por responder a exigencias conceptuales distintas, en derecho administrativo, aunque son elementos diferenciados en el acto de tal naturaleza producido por la Administración, "fin" y "motivos" se conjuntan, hasta el punto de que la "causa" es administrativamente legítima cuando está en función de un interés público o de un interés del servicio público, que por imperativo del artículo 103.1 de la Constitución y "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, aquélla debe cumplir, siendo dicho elemento "condicionante" de la validez jurídica del acto administrativo, de ahí que, como tiene declarado la jurisprudencia en reiteradas sentencias cuyo número exonera de toda concreta cita, "la inexistencia de causa o causa viciada, determina la nulidad de los actos provenientes de la Administración, en cuya causa debe prevalecer el interés público perseguido siempre por el acto administrativo"; pues bien,

en el supuesto de actual referencia, en el expediente administrativo no consta fundamento objetivo, razonamiento ni demostración alguna, que jurídicamente justifique que la supresión de la tradicional y aludida imagen de la "Virgen de la Sapiencia", en el Escudo o Emblema de la Universidad, haya de ser procedente, máxime cuando se mantiene la invocación tradicional, a la Virgen María, en la Medalla cuyo modelo se establece en el artículo 12 de los propios Estatutos, y sin embargo la Administración trata de fundamentar dicha supresión, solamente en la "aconfesionalidad religiosa del Estado" que determina la Constitución, y en la voluntad del Claustro Constituyente de la Universidad, producida por la mayoría absoluta de sus miembros, manifestada democráticamente, y en uso del principio de autonomía de la Universidad que la Constitución y la Ley Orgánica de la Reforma Universitaria le confieren; mas lo cierto es que con ello no se justifica que la actuación administrativa se hubiera realizado en función de "un interés público" o en función de un "interés de servicio público" que la actividad de la Universidad en cuestión entraña, pues la aconfesionalidad del Estado, nada tiene que ver con la conservación por la Universidad del Escudo o emblema que cuando menos desde el año 1771, fue utilizado como tal en toda la documentación de dicha Universidad, con tradición secular e ininterrumpida, incluso durante las numerosas vicisitudes políticas y religiosas por las que pasó el Estado español, sin que en ninguna de ellas, aun estableciéndose constitucionalmente la aconfesionalidad de éste, se hubiera modificado dicho histórico Escudo o Emblema, hasta el punto de que dichas circunstancias históricas, sin remontarnos a los nebulosos momentos de la fundación de dicha Universidad, que se remiten al acto de aprobación por el Papa Alejandro VI, el 2 de enero de 1500, seguido del Privilegio Real Fundacional dado por el Rey Fernando el Católico, atendiendo las súplicas del Arzobispo de Valencia don Ludovico de Borja, así como del Cabildo de la Catedral y Jurados de la Ciudad, habiendo sido declarada de Santa Virgen María, bajo la advocación de "la Sapiencia", Patrona de la Universidad, hecho evidenciado por la tradición y por los indubitados documentos y referencias históricas, constatan y confirman que, aun antes de 1771 ya se usaba como distintivo de la Universidad de Valencia, el escudo o emblema conteniendo la imagen de la "Virgen de la Sapiencia" que ahora se pretende quitar del mismo por el artículo 12 de los Estatutos de la Universidad aprobados por el Decreto 172/1985, de actual referencia; olvidando que hasta cierto punto dicho escudo o emblema tradicional e histórico de referida Universidad, forma parte no sólo del "acervo común tradicional, histórico, cultural y espiritual" de dicha Universidad, independientemente de su significación religiosa que en su momento pudo tener, sino también y por ende, del acervo común expresado, de uno de los pueblos de España cual es el valenciano, que el artículo 46 de la Constitución manda conservar y proteger, pues no se ha de olvidar que atributos propios de la religión católica campean en escudos, no sólo de otras Universidades, sino también en los de otras Comunidades Autónomas del Estado español —v. g. en el del Principado de Asturias—, sin que ello quiera decir que responda actualmente a dichas motivaciones religiosas. De aquí que, faltando en el acto administrativo "causa jurídica" fundada en un interés público o en un interés del servicio público de la docencia al que la Universidad de Valencia viene obligada a prestar conforme a la legislación vigente, ello hace que aquél pueda ser jurídicamente combatido, en base al artículo 9.3 de la Constitución, referente a la "interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos" en su actuar, principio que es garantizado por el mentado precepto constitucional.» (*Sentencia de 12 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 5184.*)

B) *Suspensión de la ejecutividad.*

1. *Se reitera la posibilidad de condenar a la Administración a satisfacer los gastos y comisiones pagados por el particular para obtener el aval exigido para suspender la ejecución del acto recurrido, una vez éste es anulado por la jurisdicción.*

«Reitera el apelante en esta instancia la petición que ya formuló en la anterior de que para el restablecimiento de su situación jurídica individualizada, además de decretarse la nulidad de la liquidación y por el concepto de indemnización de daños y perjuicios, se condene al Ayuntamiento al pago de la comisión satisfecha al Banco por el aval prestado por el mismo, en su favor, y que presentó ante aquél para obtener la suspensión de la ejecución de la liquidación impugnada; petición que tiene que ser acogida dado que el artículo 42 de la Ley Jurisdiccional autoriza al Tribunal a adoptar las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente y entre ellas la relativa a la indemnización de daños y perjuicios cuando procediese, y esta Sala ya ha declarado en Sentencia de 2 de febrero de 1988 que la prestación de avales o garantías producen gastos resarcibles por estar en relación causal con el acto suspendido, pudiendo, ahora, añadirse que si bien es cierto que la simple declaración de la nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial sufrida por un particular como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos, que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada, como sucede en el caso presente en el que la Fundación apelante está sufriendo y seguirá sufriendo hasta la cancelación del aval un perjuicio, representado por la comisión bancaria, que no tenía ningún deber jurídico de soportar al dimanar de un funcionamiento anormal del Ayuntamiento que ha practicado una liquidación que era nula *ab initio* (pues como hemos dicho ninguna norma legal ampara la formación de un expediente de contribuciones especiales con la única y exclusiva finalidad de resarcirse del importe del justiprecio de unas expropiaciones), por lo que en consecuencia y teniendo en cuenta, también, lo dispuesto en los artículos 405, 406 n.º 2 y 407 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, y el artículo 54 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, el Ayuntamiento de Valencia debe ser condenado a pagar a la Fundación apelante el importe de las cantidades que ésta haya satisfecho al Banco por el concepto de comisión o precio del aval hasta que se proceda a su cancelación por el Ayuntamiento, y cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia.» (*Sentencia de 3 de abril de 1990, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2774.*)

2. *Improcedencia de acordar la suspensión si existe sentencia en primera instancia confirmatoria de los actos impugnados.*

«Tenemos que empezar por destacar aquí el principal argumento presentado por el Ayuntamiento de Madrid, en justificación de la apelación promovida por el mismo, frente al auto dictado en la incidencia que nos ocupa, por el Tribunal de instancia, en cuanto acordó la suspensión de los acuerdos dictados por la Junta Municipal del Distrito del Retiro, tendientes a reponer la situación existente en la banca del Mercado del Pacífico, antes de las obras realizadas por el señor S. L. Argumento consistente en el hecho de que el mis-

mo Tribunal que ha dictado el Auto en cuestión, ha resuelto el proceso principal en Sentencia de fecha 14 de julio de 1989, aportada en fotocopia a las presentes actuaciones, confirmando en todas sus partes los decretos de dicha Junta Municipal de 5 de febrero y 21 de abril de 1988.

*Aunque ciertamente no debemos aplicar aquí el apotegma "Res iudicata pro veritate habetur", por ignorar en este momento si dicha sentencia ha alcanzado los efectos de la cosa juzgada, al desconocer si ha sido o no recurrido, empero, de todas formas, si ahora para nosotros no goza de la autoridad de la presunción "iuris et de iure", por la circunstancia dicha, si que al menos debemos atribuirle la de la presunción "iuris tantum", inherente a un pronunciamiento dictado por un Tribunal supraordenado a las partes, totalmente independiente y neutral en el conflicto de intereses que enfrenta a los contendientes en el proceso.*

*Por lo tanto, si el principio de ejecutoriedad del acto es la regla, conforme viene establecido en una larga serie de preceptos, en las Leyes básicas del Ordenamiento jurídico-administrativo; y si ese principio tiene por principal punto de apoyo la presunción de legalidad y de veracidad del acto; no cabe duda que, en este caso, esta presunción de legalidad se ve notoriamente reforzada por el pronunciamiento de la sala de instancia en el sentido expresado.*

Sólo por lo dicho, y por respetuoso respeto a la exigencia de no basar la decisión de un incidente del tipo que nos ocupa, en argumentos que vengan a prejuzgar la solución del proceso principal, nos consideramos suficientemente autorizados para emitir un pronunciamiento estimatorio de la presente apelación, con la consiguiente revocación del auto de que se trata.» (Auto de 20 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5213.)

### III. CONTRATOS

- A) *Naturaleza. Es contrato administrativo el arrendamiento de la plaza de toros municipal para la realización de las fiestas municipales, en tanto la ocupación del tiempo libre es servicio de competencia municipal.*

«Insiste el hoy apelante en la naturaleza civil del contrato de que se trata, invocando al efecto la Sentencia de la que entonces era Sala 4.ª de este Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987 que, con referencia a un supuesto análogo, deriva el carácter administrativo del contrato de la adscripción de la recaudación a un fin de interés público. Y, como quiera que aquí esa adscripción no está prevista, concluye el apelante que el contrato de que se trata es civil y que, por tanto, esta Sala carece de jurisdicción para conocer del asunto.

Sin embargo, y sin perjuicio de que la solución de la sentencia citada pueda tener validez en ciertos casos, parece que, con carácter general, debemos estar a lo que resulta de los artículos 113 y 138 a 140 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, conforme a los cuales el arrendamiento de las instalaciones pertenecientes a las Corporaciones locales constituye una forma de gestión indirecta de los servicios de su competencia, siendo causa de resolución del contrato, además de las señaladas en el Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, la demora en el pago, etc., remisión ésta que basta para probar el carácter administrativo de estos arrendamientos.

*No cabe duda que aquí se han arrendado unas instalaciones —la plaza de toros— propiedad del Ayuntamiento, para la gestión de un servicio de competencia municipal. Y se da el caso, además de que conforme al artículo 25 de la Ley básica estatal de régimen local corresponde a los municipios promover*

*toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, ejerciendo competencias, entre otras materias, en relación con actividades o instalaciones culturales y deportivas, ocupación del tiempo libre y turismo —letra m)—.*

Es evidente, por tanto, que hay que admitir que el contrato de arrendamiento de la plaza de toros de Teruel, firmado en 10 de diciembre de 1985 en cuanto adscrito al desenvolvimiento de un aspecto de esa competencia municipal de ocupación del tiempo libre (sin que esto implique desconocer la faceta cultural y la deportiva del espectáculo taurino como tal) constituye un verdadero y propio contrato administrativo.» (*Sentencia de 29 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 5756.*)

- B) *Fianzas. Devolución. Modificación del contrato unilateral, al crearse subtramos en un proyecto de autopistas cuya ejecución en alguno de dichos tramos se suspende.*

«La especial posición de la Administración en la contratación de las obras públicas no puede significar que el cumplimiento del contrato quede al exclusivo arbitrio de aquélla con vulneración del principio general del artículo 1256 del Código Civil, de aplicación supletoria conforme al artículo 4 de la misma Ley de Contratos del Estado, con la consecuencia de que la duración, cancelación y devolución de las fianzas constituidas para garantizar el cumplimiento de un determinado contrato de ejecución de obras dependan exclusivamente de la voluntad de la Administración en el caso de suspensión de la ejecución de tales obras cuando, como en el presente caso, el contratista no solicita ni la resolución del contrato ni una indemnización de conformidad con los artículos 52 y 49 de la tan citada Ley. De otro modo, se desvirtuaría la finalidad accesoria de la obligación principal de realizar la obra en las condiciones determinadas en el contrato y en la ley. Como se expone en el artículo 119 de la misma Ley de Contratos del Estado, la fianza está primordialmente afecta a las responsabilidades del contratista por actos propios derivados de la ejecución del contrato pero no puede por ello desligarse de aquella obligación, con la consecuencia de que las modificaciones unilaterales de la Administración dividiendo en subtramos parciales los tramos contratados, con una ejecución propia y susceptible de suspensiones separadas, deben repercutir en la fianza constituida inicialmente respecto a un tramo determinado y ser susceptibles de ser canceladas y devueltas con independencia de las demás porque, de otro modo, quedarían establecidas al margen del plazo de ejecución de la obra que aseguran. Ello sin perjuicio de volver a ser constituidas cuando se acuerde el levantamiento de la suspensión y la ejecución de la obra contratada.» (*Sentencia de 10 de mayo de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4377.*)

#### IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) *Autonomía local: País Vasco.*

*El establecimiento por norma foral de la vía económico-administrativa contra acuerdos locales es nulo por contrario a la autonomía local. Interpretación de la Disposición Adicional Segunda de la LBRL y de sus efectos sobre la posición de las entidades locales del País Vasco.*

«Para resolver la cuestión planteada en el presente recurso de apelación por el Ayuntamiento de Sestao, hay que partir de los artículos 108 y 113 de la

Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 y 190 número 4 y 192 del Texto Refundido de 18 de abril de 1986. Tanto la Ley de Bases en los artículos citados como el Texto Refundido que la desarrolla, disponen que en materia de imposición de tributos o aprobación y modificación de Ordenanzas, procede directamente el recurso contencioso-administrativo, mientras que contra los actos de las Corporaciones Locales sobre aplicación y efectividad de tributos locales, podrá interponerse ante el órgano que lo dictó el correspondiente recurso de reposición previo al contencioso-administrativo. Con este nuevo sistema de recursos, queda suprimida la fiscalización, por los Tribunales Económico-Administrativos, respecto de las disposiciones y actos mencionados anteriormente, como reconoce la sentencia apelada que gráficamente razona, con cita de los preceptos antes invocados, que ello significa "la desaparición de los Tribunales Económico-Administrativos de la estructura administrativa-tributaria en la que estaban enclavados" en lo que se refiere a exacciones locales, puesto que dichos Tribunales conservan sus competencias respecto a los Impuestos estatales.

La aplicación de las normas citadas a las distintas Comunidades viene dada por las Disposiciones Adicionales de la Ley de Bases. Por lo que respecta al caso que nos ocupa, la Disposición Adicional Segunda, 6, de la Ley de Bases establece que "los territorios históricos del País Vasco continuarán conservando su régimen especial en materia municipal en lo que afecta al régimen económico-financiero en los términos de la Ley del Concierto Económico, sin que ello pueda significar un nivel de autonomía de las Corporaciones Locales vascas inferior al que tengan las demás Corporaciones Locales...". El reenvío que se hace en esta Disposición Adicional, significa la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de 13 de mayo de 1981, mediante la que se aprueba dicho Convenio Económico, según cuyo artículo 45 —párrafo 2— las facultades de tutela financiera que en cada momento desempeñaba el Estado en materia de imposición y ordenación de los tributos (propios de las Corporaciones Locales) corresponderá a las respectivas Diputaciones Forales, sin que ello pueda significar, en modo alguno, un nivel de autonomía de las Corporaciones Locales Vascas inferior al que tengan las de régimen común. Como razona el Ayuntamiento apelante al argumentar sobre este punto, lo que ha hecho el legislador ha sido sustituir al Estado por las Diputaciones Forales, en cuanto a la competencia que aquél tenía en materia de imposición y ordenación de tributos, pero sin conceder a las Diputaciones más derechos que los que tenía el Estado a quien sustituye.

Siendo verdaderamente importante la recopilación y examen de los antecedentes históricos que la sentencia apelada realiza, lo cierto es que hay que partir, para la resolución del presente recurso, de la situación existente en el Estado español en el momento en el que se aprueba la Norma Foral impugnada, es decir, en el año 1986, puesto que la misma evolución histórica recogida en las numerosísimas disposiciones de distinto rango que la sentencia menciona, ponen de manifiesto que la evolución de la competencia y funciones de los Tribunales Económico-Administrativos Forales ha sido paralela a la competencia y funciones atribuidas a los Tribunales de esa misma naturaleza en el resto del Estado, por lo que no existe motivo alguno para que en el momento presente se prescindiera de ese paralelismo y se siga manteniendo, para la fiscalización de los acuerdos de las Corporaciones Locales del País Vasco, una fiscalización que ha sido suprimida para el resto de los Ayuntamientos del Estado (y no hay por qué examinar en esta sentencia la situación existente en la Comunidad Foral de Navarra, por no ser la enjuiciada en este recurso). Pero es que, además, no es válido el argumento de que la Ley de Bases de Régimen Local y los preceptos del Texto Refundido que la desarrolla, sean de mera aplicación supletoria en el País Vasco, porque los razonamientos en los que se basa la sentencia apelada, no permiten llegar a tal conclusión. Se invo-

ca para ello el artículo 133 de la Constitución que nada resuelve, puesto que se limita a reconocer a las Comunidades Autónomas competencia para exigir tributos, y esta competencia no es objeto de discusión. Lo mismo puede decirse de la invocación de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, que se limita a "amparar y respetar los derechos históricos de los territorios forales, añadiendo que su actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía", ya que la discusión parlamentaria pone de manifiesto que el origen de la mencionada discusión se produjo respecto del principio de soberanía (independencia originaria de los territorios forales y soberanía, y forma de actualización de los derechos históricos, o mediante una Ley paccionada o mediante la Constitución y los Estatutos de Autonomía), y en el presente caso no nos hallamos ante uno de tales "derechos históricos" que afecte a la libertad e independencia del pueblo vasco, sino ante la posibilidad de que los acuerdos de sus Ayuntamientos en materia económico-fiscal, puedan ser o no fiscalizados por órganos de la propia Administración, o deban de seguir el régimen de los restantes Municipios del Estado, lo que no puede elevarse al rango de "derecho histórico" de los mencionados en la Disposición Adicional Primera de la Constitución. Lo mismo puede decirse del Real Decreto Legislativo de 12 de diciembre de 1980, que en su Disposición Adicional Unica se limita a decir que, "de conformidad con lo dispuesto en las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la Ley de 22 de septiembre de 1980, en los territorios forales las normas de este Real Decreto se aplicarán de conformidad con lo preceptuado en los respectivos Estatutos de Autonomía o Convenio Económico en su caso", estableciendo a su vez la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas de 22 de septiembre de 1980 —que es la citada por el Real Decreto Legislativo de 1980 antes transcrito— que "el sistema foral tradicional de concierto económico se aplicará en la Comunidad Autónoma del País Vasco, de acuerdo con lo establecido en el correspondiente Estatuto de Autonomía". Ninguno de los preceptos que se examinan permite llegar a la conclusión a la que llega la sentencia apelada, es decir, a la aplicación supletoria de la Ley de Bases de Régimen Local y de su Texto Refundido, que es el motivo que en la mencionada sentencia sirve para desestimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Sestao.

Es cierto que la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas de 22 de septiembre de 1980, en su artículo 20, mantiene las reclamaciones económico-administrativas, pero lo hace para "los actos dictados por las respectivas Administraciones en materia tributaria, tanto respecto de cuestiones de hecho como de derecho: a) cuando se trate de tributos de las Comunidades Autónomas, a sus propios órganos económico-administrativos; b) cuando se trate de tributos cedidos a los órganos económico-administrativos del Estado", lo que no resuelve la cuestión planteada, ya que no nos hallamos ante un debate sobre si existe o no la vía económico-administrativa, sino ante otra cuestión diferente que es si subsiste dicha reclamación contra los actos o disposiciones de los Ayuntamientos en materia de imposición municipal, no comunitaria, y la Ley, como hemos visto en el precepto transcrito, se refiere a los tributos "propios de la Comunidad".

Lo mismo ocurre si acudimos a lo dispuesto en la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, que aprueba el Estatuto de Autonomía del País Vasco, ya que el precepto aplicable será el número 1 del artículo 41, según el cual "las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenio", lo que se desarrolla en los apartados siguientes, de entre los cuales interesa a este recurso el apartado a) del párrafo 2, según el cual el contenido del régimen económico del concierto respetará y se acomodará a los siguientes

principios: a) "Las Instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su Territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma..." Pues bien, tampoco este precepto, por sí solo, resuelve la cuestión, ya que, en primer lugar, no parece posible entender incluido dentro de lo denominado "estructura general impositiva" el régimen de reclamaciones contra los actos de gestión o aprobación de Ordenanzas, pero, en segundo lugar, y si ello se entendiera posible, lo que el Estatuto dice es que se atenderá al dictar las normas, a las dictadas "para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el Concierto y a las que el Parlamento dicte para el mismo fin". Como anteriormente hemos razonado, el Concierto Económico, aprobado por Ley de 13 de mayo de 1981, dispone en su artículo 45.2, en primer lugar, que la tutela financiera que desempeñaba el Estado, es asumida por las Diputaciones Forales, y en segundo lugar, que esta asunción de competencias no significa en modo alguno un nivel de autonomía de las Corporaciones Locales —del País Vasco— inferior al que tengan las de régimen común, con lo que, después del examen de las numerosas disposiciones citadas por la sentencia apelada, nos hallamos en el mismo punto del que partimos.

Debe de partirse, para resolver la cuestión planteada, de lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución, según el cual los municipios "gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses", lo que ratifica el artículo 140 de la propia Constitución al decir que ésta "garantiza la autonomía de los Municipios, que gozarán de personalidad jurídica plena". Pues bien, esta autonomía proclamada constitucionalmente, es incompatible con una intervención de la Administración mediante la cual se apruebe o rechace un acuerdo de una Corporación Local mediante el que se apruebe un presupuesto, imponga un tributo o se apruebe o modifique una Ordenanza fiscal. Es indiferente a estos efectos, que ese acto de la Administración se dicte por una Corporación o por un órgano de la Administración que se denomine Tribunal, pero que es la propia Administración la que lo establece, regula su composición, dicta normas de procedimiento y determina sus competencias, y es indiferente también que la actividad de dicho órgano fiscalizador se ponga en marcha bien de oficio, bien a instancia de parte, puesto que la esencia de la tutela es que un órgano de la Administración, no superior jerárquico de otro, pueda o bien autorizar, o bien anular, o bien sustituirlo, y esto y no otra cosa ocurre cuando los acuerdos de una Corporación Local aprobando un presupuesto, o aprobando una Ordenanza, pueden ser no ya sólo suspendidos, sino anulados en todo o en parte por otro órgano de la Administración, con lo que la autonomía constitucionalmente declarada queda no ya limitada o disminuida, sino prácticamente anulada. Cabe dentro de lo posible que los acuerdos municipales no reúnan todos los requisitos de forma o de fondo, para ser eficaces; pero ello deberá ser puesto de manifiesto solicitando la actividad de un poder independiente de la Administración, como es el judicial, con objeto de que la autonomía municipal sea cierta, real y verdadera. Por las mismas razones expuestas, tampoco procede admitir la intervención de los Tribunales Económico-Administrativos para conocer en lo referente a materias de aplicación y efectividad de tributos, pudiendo agregarse a lo ya dicho que supondría el establecimiento de un régimen de desigualdad al someter a los Municipios del País Vasco a un régimen ya desaparecido para el resto de los municipios del Estado, sin que las peculiaridades existentes desde luego en el Territorio Histórico, autoricen tal desigualdad, que va en perjuicio de un derecho constitucionalmente reconocido, como es el de la autonomía municipal.



Como el párrafo 2 del artículo 161 de la Norma Foral impugnada atenta contra la autonomía municipal, debe ser declarado contrario a derecho, y como tal anulado, lo que produce como consecuencia la estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Sestao, revocando la sentencia apelada que había llegado a la conclusión contraria.» (*Sentencia de 3 de abril de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2883.*)

#### B) *Derecho a la tutela judicial.*

*La exigencia del Dictamen de Letrado previa al ejercicio de acciones por las Corporaciones locales discrimina a éstas en el disfrute del derecho a la tutela judicial, lesión que se agravaría aún más si por este defecto de forma se declarase la inadmisibilidad del recurso.*

«El Abogado del Estado, parte apelante, alega en primer lugar la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo tramitado en primera instancia, toda vez que el ejercicio de su acción por el Ayuntamiento de Telde no ha sido precedido del dictamen del Secretario, o en su caso de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, por un Letrado, exigencia impuesta desde antiguo por los hoy derogados artículos 370 de la Ley de Régimen Local de 1955 y 338 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952, y actualmente en el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/86 y artículo 221.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 28 de noviembre de 1986.

Rechazamos esa causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por las siguientes razones: *a)* ya esta Sala, en Auto de 13 de octubre de 1986, tiene declarado que el requisito exigido en el artículo 57.2.d) de la Ley Jurisdiccional debilita el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Ayuntamientos y Diputaciones, derecho garantizado a todos en el artículo 24 de nuestra Constitución, la que, además, en sus artículos 140 y 141 proclama la autonomía y reconoce la personalidad jurídica de cuantas entidades integran la Administración Local, plenitud desvirtuada por esta carga procesal previa cuyo incumplimiento puede tener y tiene gravísimas consecuencias, para la salvaguarda de los intereses generales; implicando también dicho requisito objetivo una discriminación contraria a la igualdad de las distintas Administraciones públicas, pues en ese propósito tutelar subyace la concepción de la minoridad jurídica de las entidades locales; *b)* el Tribunal Constitucional, en Sentencias 162/86 (R. T. Const. 162), 3 y 87 de 1987 (R. T. Const. 3 y 87) y 174/88 (R. T. Const. 174), entre otras, nos dice que el incumplimiento de los requisitos formales subsanables no debe dar lugar, dentro de una correcta interpretación del artículo 24 de la Constitución a consecuencias sancionatorias conducentes a la pérdida de acceso al proceso, pues este derecho fundamental a la tutela efectiva, reforzado a nivel legislativo por el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo permite desestimar o rechazar por motivos formales las pretensiones de las partes cuando el defecto fue insubsanable o no se subsanare; y citado Tribunal ha proclamado reiteradamente que los principios de proporcionalidad, conservación y subsanación es algo que emana del principio de tutela jurídica; *c)* el defecto formal de la falta de dictamen del Letrado no fue alegado por las partes ni estimada de oficio en la primera instancia, y al plantearse en segunda instancia, el defecto ha sido subsanado dentro de los diez días, a que hacen referencia los artículos 57.3 y 129.1 de la Ley Jurisdiccional, sin que la circunstancia de ser los documentos

aportados de fecha posterior al inicio del recurso contencioso-administrativo pueda tener efecto invalidante del mismo, en razón a lo expresado en los apartados anteriores y aplicación del principio *pro actione* que conduce a criterios restrictivos de la causa de inadmisibilidad cuando la parte procura la subsanación, haciendo llegar la ratificación de la Comisión Municipal de Gobierno y el informe del Secretario-Letrado, en cuanto fue puesta de manifiesto la omisión en la actual situación procesal.» (*Sentencia de 11 de abril de 1990, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2787.*)

## V. COLEGIOS PROFESIONALES

### *Competencias de las Comunidades Autónomas.*

*En el ejercicio de sus competencias, las Comunidades Autónomas pueden disponer que determinados acuerdos de los Colegios Profesionales de su territorio sean recurribles ante la propia Administración autonómica y no ante el Consejo General de los citados Colegios.*

«Es que, dentro de la problemática del concreto ámbito farmacéutico, en las cuestiones reguladas por el Decreto de 14 de abril de 1978, en particular —que, en este caso, es el que nos interesa tener en cuenta— hay que distinguir lo que dispone a propósito del régimen y del procedimiento para la autorización, instalación y funcionamiento de las Oficinas de Farmacia —totalmente intocado por la Orden e intocable por ser componentes de aquel alineamiento básico o planificador del servicio— y lo que es simple facultad de que el Organo competente para resolver los expedientes a que dé lugar la aplicación de aquellas normas sustantivas pueda delegar la competencia que se le atribuye en los Colegios Profesionales, y esta diferenciación es apta para desmontar jurídicamente toda la dialéctica utilizada en este caso por el Consejo apelante, en cuanto, absteniéndose de fundamentar su impugnación en la inobservancia o apartamiento por la Orden de tales normas básicas, de elaboración exclusiva por el Estado, se limita a combatirla por entender que, aun en la hipótesis de que el ente autonómico hubiera asumido dicha competencia resolutoria, no podía delegarla en los Colegios provinciales en aquellos supuestos en que, con anterioridad, tampoco la tenían los Organos de la Administración Central en dicho punto concreto y, a fin de justificarlo, argumenta algo tan extraño como que cuestionada facultad de decisión no podía transferirla la Administración Central ya que la tenía delegada o atribuida a los Colegios Profesionales de Farmacia, pero téngase en cuenta que no fue, precisamente, la Dirección General de Ordenación Farmacéutica quien transfirió su competencia a la Administración autonómica, sino el Estatuto de Autonomía y sus complementarias normas, atemperados uno y otras a lo que, conforme al texto constitucional, suponían competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades autonómicas o compartidas entre ambos, pero es que hay que reparar, sobre todo, en que no tanto se combate esa delegación que la tan repetida Orden hizo en favor de los Colegios Profesionales de la Región como el hecho de que no estableciera idéntica delegación, en favor del Consejo General, a efectos de resolver el procedente recurso de alzada contra las decisiones de aquéllos, habida cuenta de que se llega a afirmar por el apelante —con denuncia, incluso, de incidencia administrativa en desviación de poder— que de lo que se trataba era de evitar su intervención en la resolución de expedientes, atribuida *ex lege* a los Colegios de Zaragoza, Huesca y Teruel.

Afirmación semejante requiere la adecuada justificación de que, efectivamente, fue una disposición legal la declarativa de tal competencia —porque, de ser así, sería innecesario cualquier razonamiento para declarar no sólo que la Orden en cuestión sino su precedente inmediato, el Decreto de 14 de abril de 1978, serían radicalmente nulos por infringir el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, pero en modo alguno esto es así porque la Ley de Colegios Profesionales, que se invoca al efecto, no atribuye competencia propia alguna a éstos para resolver ningún expediente administrativo aunque se relacione con la respectiva materia a que corresponden, conforme se deduce del artículo 5 de aquélla, pero es, además, que, de ser como se alega, no se explica que, publicado el Decreto de 14 de abril de 1978, se tuviera que producir la Resolución de 30 de noviembre de igual año por la que expresamente se confería a tales Colegios la delegación para resolver cuestionados expedientes, y, entonces, si el Órgano autonómico había asumido constitucionalmente y por su Estatuto la facultad que, con carácter general se establecía en expresado Decreto en favor de la Administración del Estado, impropriamente puede alegarse que, aunque dicha Diputación pudiera haber recuperado tal facultad, no podía delegarla en otros Órganos públicos, sobre todo cuando la delegación ha recaído en los mismos Colegios Profesionales que precedentemente la ostentaban, y, por cierto —y ello tiene una especial significación— a petición expresa de los tres representantes de los de la Región, en escrito de 20 de febrero de 1987, con base, precisamente, en que la misma se había omitido en el Decreto de 14 de enero del mismo año, porque mal se compagina dicha solicitud con la seguridad que se alega de que la competencia ya se ostentaba por obra de la Ley de Colegios Profesionales.

Lo que ha sucedido —y ello justifica el mayor énfasis que en su argumentación pone el Consejo General apelante— es que tan repetida delegación, se conceptúe como tal, como desconcentración o descentralización, se ha conferido tan sólo a los Colegios provinciales para resolver inicialmente los expedientes, como ya venía sucediendo desde la Resolución de 30 de noviembre de 1978, y no también en favor de citado Consejo para decidir en alzada, pero esta distinción no es legalmente reprochable, ya que si la competencia en ambos aspectos, toda, la adquirió y radica en la Administración autonómica, es inconcuso que si, correlativamente, ostenta la facultad —que no la obligación— de delegar una y otra manifestación de aquélla, al no tener, por otra parte, por qué vincularse por lo que, en uso de tales facultades, tuviera decidido la Administración estatal, nada impide que el Ente regional delegue únicamente una parte de su competencia reteniendo el resto, como tampoco se vislumbraría ningún reproche legal para que, de haberlo preferido se hubiera reservado la facultad de decidir siempre por sí misma.

Cualquier otra alegación en contra carece de relevancia jurídica, principalmente aquella con la que se pretende rebatir la sentencia recurrida y que consiste en que de las resoluciones de los Colegios Profesionales nadie puede conocer en alzada más que su respectivo Consejo, porque, aunque reconociendo la certeza de esta alegación, hay que tenerla por inaplicable a caso como el presente, como también aquella otra que consiste en que de las resoluciones del Órgano colegial no puede conocer la Administración, en la medida en que una y otra se refieren a supuestos en que aquéllas se producen decidiendo cuestiones estrictamente afectantes a su propia competencia corporativa —a aquellas que constituyen su cometido a tenor de la Ley que los rige— y no a las que, de modo excepcional, se le confieren por Organismos estatales, autonómicos o, incluso, locales, por simple delegación o esporádico encargo respecto de la privativa competencia de éstas, por lo que, como acertadamente hace ver la Diputación General apelada, con cita de la sentencia recurrida —cuya confirmación procede, por todo lo que dejamos razonado—, se trate o no de una auténtica delegación de competencias exclusivamente propias, “ni

supone un desapoderamiento de la titularidad de la competencia, ni puede suponer un definitivo e irrecuperable traspaso de las competencias públicas en esta materia".» (*Sentencia de 12 de marzo de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 2521.*)

## VI. DOMINIO PÚBLICO

### *Cementerios.*

*La sucesión en la titularidad de los derechos sobre una sepultura no puede ser impedida por una interpretación rigurosa de determinadas cláusulas testamentarias, de modo que éstas resulten contrarias al destino y a la función social de los bienes de Dominio Público.*

«Por el hecho de haber procedido al enterramiento en 1942 de un familiar de don Joaquín S. R. con autorización de éste, implica la modificación de su voluntad expresada en la cláusula 4.ª del testamento en que se motiva la denegación del cambio de titularidad indicado y, por ende, la facultad de sus herederos de permitir otros enterramientos en el panteón integrado por tres sepulturas; debiendo partir de la naturaleza de la concesión administrativa de un terreno destinado a cementerio para afirmar que de interpretarse la cláusula testamentaria como pretende el Ayuntamiento demandado omitiendo que de la misma se desprende, inequívocamente, que podía alterarse y que esta alteración se produjo al consentir el enterramiento de un familiar en el panteón, se impediría el uso normal y privativo del dominio público conforme a su concesión; lo que evidentemente no fue ésta la voluntad del testador al autorizar dicho enterramiento; careciendo de fundamento el que se aplique por analogía lo dispuesto en el artículo 747 del Código Civil, toda vez que por la cláusula prohibitiva dejada sin efecto conforme a la misma, no se dispuso de ningún bien para sufragios y obras piadosas, que, en otro caso, no correspondería ser cumplida por el Ayuntamiento sino por los herederos; debiéndose interpretar las cláusulas testamentarias, así como las insertas en un contrato, conforme a la propia naturaleza de los bienes y prestaciones establecidas o convenidas; y por ello de forma restrictiva aquellas que en principio impidan la aplicación natural de los bienes según su función social.

Fallecido don Joaquín S. R. y sucedida en su derecho a la titularidad del panteón su esposa, doña Dolores Y. M., el demandante sucedió a ésta, por testamento otorgado el 14-6-48, en 1970, cuando en vida del primer causante en 1942 se había dado sepultura en el panteón a un familiar; de lo que se infiere que adquirió su derecho el recurrente por testamento de la meritada señora, sin que en el mismo constara cláusula obstativa que impidiera a su heredero ostentar esta titularidad, procede afirmar que en esta segunda sucesión ya no incidía la prohibición establecida en el testamento del meritado causante condicionada a que por su voluntad podía modificarse; derogación de la prohibición implícita en el enterramiento meritado.

El derecho denegado sobre la titularidad de unas sepulturas en base a una cláusula testamentaria interpretada de forma rigurosa y contraria al destino de unos bienes de dominio público, y por tanto contraria a la función social del derecho demanial, comporta la infracción del artículo 659 del Código Civil, en relación con la concesión administrativa en la que no existe norma impeditiva para el cambio de titularidad a favor de los herederos de su titular, por lo que debe entenderse que la denegación de la misma en base a la interpretación de una cláusula testamentaria que se hizo en el ámbito del Derecho

Privado, ejerciendo la Administración una facultad que no le confiere el Reglamento que regula los enterramientos y derechos temporales y perpetuos de las sepulturas, se hizo de forma abusiva y ajena al interés público; que en orden al disfrute general y común o privativo del dominio debe prevalecer sobre una interpretación restrictiva de una cláusula testamentaria que comporta un criterio sobre el aprovechamiento de unos bienes contrario a su naturaleza y destino, de lo que se deduce que de interpretarse la cláusula testamentaria según la Administración demandada quedaría sin contenido la sucesión en la titularidad de una sepultura aunque no la propia titularidad, impidiendo su uso en contra de su destino y naturaleza contrariando la legalidad sobre esa clase de bienes.» (*Sentencia de 14 de marzo de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 2526.*)

## VII. FOMENTO

*Subvención. Naturaleza de acto modal y no de contrato. Requisitos en caso de rescisión unilateral por la Administración.*

«La naturaleza jurídica de un acto o convención no depende de la forma de su celebración ni de la denominación efectuada por las partes intervinientes, sino del real contenido del mismo. Y así, la subvención convenida entre la Administración y el apelante señor F., formalizada el 16 de julio de 1983 en un impreso preestablecido, que en su encabezamiento y cláusula la séptima es denominado como contrato, que reconoce la concesión de una cantidad dineraria a fondo perdido, al apelante previo cumplimiento por éste de los requisitos y condiciones determinados en la normativa antecitada del Ministerio de Agricultura, no es en realidad una relación contractual de carácter oneroso sino simplemente modal, como bien se expresa en la sentencia impugnada.

Es claro, que su pretendida naturaleza estrictamente contractual, determinaría que su resolución o rescisión por la Administración exigiría, al haber oposición del contratista, el previo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, tal como establece el número 11 del artículo 22 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Pero es indudable que el denominado "contrato de auxilios económicos" o la real concesión de una subvención a fondo perdido, aquí examinada, constituye un acto administrativo al emanar de la Administración Pública, motivada por el cumplimiento de fines de interés público, como son los derivados de la actividad de fomento de la adecuada explotación agraria mediante la reconversión de terrenos plantados de olivar prácticamente improductivos, sometido al régimen jurídico del Derecho Administrativo.

Como hemos explicitado en el fundamento de derecho segundo, en aplicación del convenio de auxilios económicos de 16 de julio de 1983, por la Administración se procedió, tras la certificación o informe pertinente declaratoria del cumplimiento por el interesado de los requisitos establecidos para ello, a conceder la subvención estipulada de 2.190.000 pesetas, que se materializó en la entrega de dicha cantidad.

Tal acto administrativo es, sin duda, a juicio de la Sala, un acto declarativo del Derecho subjetivo del aquí apelante a la concesión del "auxilio económico" pactado, y las resoluciones administrativas de 24 de junio de 1985 y 14 de enero de 1986 en alzada, dictadas tras la iniciación de oficio por la Administración del expediente al efecto, procedieron a rescindir unilateralmente el convenio pactado en aplicación de la cláusula sexta del precitado convenio, anulando la subvención otorgada y hecha efectiva.

Pero el artículo 110 de la LPA prohíbe la anulación de actos declarativos de derechos, a no ser que se observen las garantías especificadas en el mismo, entre las que se encuentra el dictamen del Consejo de Estado, o el recurso previo de lesividad, garantías que en el caso aquí enjuiciado la Administración no ha adoptado antes de acordar la rescisión unilateral del auxilio económico concedido al apelante. La audiencia preceptiva del Consejo de Estado exigida por el artículo 110.2 de la LPA y en relación con el artículo 22.10 de la LO del Consejo de Estado, para la anulación de oficio por la Administración de los actos declarativos de derechos, o la declaración previa de lesividad del artículo 110.1 de la LPA, omitidos por la Administración en el supuesto aquí contemplado, determinan la estimación del recurso de apelación interpuesto, decretándose la revocación de la sentencia impugnada con la consiguiente anulación de las resoluciones administrativas que decretaron la rescisión del "contrato de auxilios económicos" de 15 de julio de 1983, siendo por tanto innecesario el examen del resto de las alegaciones formuladas por el recurrente y sin perjuicio que la Administración proceda, si lo estima pertinente, a la apertura de expediente, o continuación del ya iniciado, a los efectos rescisorios pretendidos, con la estricta observancia del procedimiento legalmente establecido.» (*Sentencia de 14 de abril de 1990, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 4902.*)

## VIII. DEPORTE

*Competencias administrativas en este sector material. Concurrencia competencial en relación a la organización de un campeonato de España de una modalidad deportiva. Competencias de las Federaciones deportivas.*

«A tal respecto se ha de considerar que la necesidad general de obtener una autorización administrativa para desarrollar una actividad por los particulares, responde a la potestad de intervención que la Administración tiene, en el ejercicio de los derechos de aquéllos, reconocida por una norma jurídica a un determinado Organismo administrativo competente para ello; pues bien, la solicitud cuestionada, dada su concreta literalidad, implica que la misma no se limita a obtener una autorización gubernativa de policía para la realización de una "manifestación deportiva" de Kárate, en su modalidad de "Tamashiwari", en el Pabellón Municipal de los Deportes de Bilbao, el 27 de mayo de 1984, lo que podría entrar dentro de las competencias atribuidas a los Gobernadores Civiles, por el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, que se mantiene estrictamente en el ámbito de la seguridad ciudadana y por lo tanto "es escrupulosamente respetuoso de las competencias que corresponden a los distintos Departamentos Ministeriales, a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, cuyas atribuciones se salvan expresamente, con carácter general, en el artículo uno, y con carácter particular y concreto, en otros preceptos de su articulado" — como reza en el tercer párrafo de su Preámbulo—, sino que dicha solicitud se extiende a la realización de una actividad deportiva más compleja y que excede al ámbito propio de dicha competencia gubernativa de policía, cual es nada menos que la realización de "un Campeonato de España" en dicha modalidad deportiva, lo que de suyo implica no sólo una actividad de mero espectáculo o recreativa, sino principalmente una actividad de "competición entre deportistas" con trascendencia deportiva no sólo en el ámbito territorial de Euskadi, sino en el de todo el Estado español. Pues bien, dicha actividad eminentemente deportiva responde a uno de los medios que los poderes públicos tienen para cum-

plir con la obligación de "fomento" del "deporte", como una forma más de la "educación física", que el párrafo 3 del artículo 43 de la Constitución a aquéllos impone; así, siendo indudable que el fomento y promoción del deporte están sometidos a un sistema de concurrencias competenciales que permiten intervenir a los "poderes estatales y autonómicos", incluso para emprender acciones paralelas con un mismo objetivo; también resulta evidente que la organización de la práctica del deporte constituye un "servicio" que la Administración Pública puede asumir, bien directamente o del que se pueden responsabilizar instancias privadas, pero, en este último caso, si las Asociaciones de carácter privado realizan la actividad con sus propios medios ejerciendo competencias propias, operando al margen de la Administración, pueden constituirse libremente al amparo del derecho constitucional de asociación, mas si por el contrario intervienen en la organización de un Campeonato de España, empleando esta denominación oficial o son instrumento o cauce que las Administraciones Públicas utilizan para hacer efectivas algunas de sus responsabilidades en la "promoción del deporte", actúan sin duda como agentes de la Administración al servicio de un interés general, que necesitan la oportuna autorización para ello otorgada por el Organo competente de aquélla, sin olvidar que la función de la Administración en orden a la "promoción deportiva" de los ciudadanos, incluye la regulación y el eficaz desarrollo de competiciones de tal naturaleza y, en la medida en que tales competiciones, como es un Campeonato de España, tienen carácter supraterritorial o supracomunitario, constituyendo requisito o condición para participar en otras competiciones de carácter internacional, lo que sanciona la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de Cultura Física y del Deporte, desarrollada por el Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, de Estructuras Federativas, determinando la existencia de una sola Federación Española para cada modalidad deportiva los artículos 14 y 17 de la citada Ley, en esta perspectiva es evidente la vinculación de tales Federaciones con la Administración del Estado, en la medida en que éstas extienden su actividad en la práctica totalidad del territorio español, lo que de suyo supone la competencia exclusiva para la organización y realización de competiciones oficiales con la coordinación del Consejo Superior de Deportes, cual sería un "Campeonato de España" en la modalidad deportiva de actual referencia, por lo que la autorización para la organización y realización de dicha competición oficial a escala nacional, nunca sería de la competencia del Gobierno Civil de Vizcaya, al que se dirigió la meritada solicitud.» (*Sentencia de 29 de mayo de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 4398.*)

## IX. TURISMO

*Competencias. Evolución legislativa y vigencia de la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, y su Reglamento sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional. Valor de los Planes de Ordenación de Centros de Interés Turístico.*

«En realidad la cuestión que se somete al estudio y decisión de la Sala, se ciñe a dilucidar hasta qué punto y con qué rigor normativo, conserva su vigencia la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964, sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional. Parece procedente echar una ojeada a la evolución normativa —fundamental, anticipamos— que ha tenido lugar en España desde aquellas fechas; solamente puntualizando los hitos relevantes. En primer lugar la Ley 19/1975 de Refor-

ma de la Ley del Suelo de 1956, en cuya Disposición Final 3.<sup>a</sup> se autorizaba al Gobierno para que en el plazo de un año aprobase por Decreto un Texto Refundido de la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, en el que, dejando a salvo las competencias de los Departamentos de Información y Turismo y de la Vivienda atribuidos en tal Ley, se adaptasen las normas de contenido urbanístico a lo dispuesto en esta Ley de Reforma, continuando vigente en todos sus términos aquélla en tanto el indicado texto refundido sea aprobado. Parece que con ello esta Ley quedaba fuera de la labor refundidora que prescribía la Disposición Final segunda de dicha Ley de Reforma. No obstante, el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 decía en su Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup>, 4, que los Planes relativos a Zonas o Centros de interés turístico que se tramiten al amparo de su legislación específica deberán ajustarse a las determinaciones de los Planes previstos en la presente Ley, sin perjuicio de las especialidades que hayan de contener con arreglo a su finalidad. Ello supone remarcar la sumisión a los principios y normas de la Ley del Suelo de 1956 que preconizaba ya el artículo 12 de la Ley 197/1963 dentro del Título III sobre elaboración de los Planes, así como el artículo 20 en cuanto a su vigencia. Pero además la Refundición de 1976 en la tabla de vigencias de Disposiciones afectadas por la Ley de Reforma de 1975 incluía la Ley y el Reglamento, de 1963 y 1964 respectivamente, de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional, para declararlos vigentes en lo que no se opusieren al Texto Refundido, y sin perjuicio del cumplimiento de la Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975. La Constitución de 1978 organiza territorialmente el Estado en municipios, provincias y Comunidades Autónomas (arts. 137 y 140), entidades que gozan de plena autonomía en la gestión de sus propios intereses. El artículo 138 atribuye a las Comunidades Autónomas la Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda (3.<sup>a</sup>) y promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial (18.<sup>a</sup>). Y en lo que aquí concierne el Estatuto de Cataluña estructura su organización territorial en municipios y comarcas (art. 5) y proclama su competencia exclusiva en la ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda así como en turismo (arts. 9.9 y 9.12). Finalmente la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y el Texto Refundido de 18 de abril de 1986, ratifican patentemente la competencia municipal en materia de urbanismo y de turismo —art. 25.2.d) y m)—, remitiéndonos en la primera a la normativa urbanística, fundamentalmente Ley del Suelo y RD-Ley 16/1981, de 16 de octubre, en el ámbito estatal y a toda la normativa urbanística específica de la Comunidad de Cataluña. A la luz de los criterios interpretativos que proporcionan el artículo 3 del Código Civil y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es aventurado entender que *el interés turístico nacional, clave de la aparición de su normativa específica —la Ley de 1963 y su Reglamento de 1964— con el advenimiento del nuevo sistema político se ha titularizado en las Comunidades Autónomas, en las Provincias y en los Municipios, aunque persista además en el Estado; de manera que aquellos entes ya no pueden considerarse tan sólo como personas interesadas en promover el procedimiento para la declaración de Zona o Centro de Interés Turístico Nacional, a tenor del artículo 7 de la Ley, u obligadas a elevar informes como prescribe el artículo 9, sino que tienen capacidad plena de actuación en la materia turística en defensa de sus propios intereses que siempre deben estar armonizados con el interés estatal, a través de los instrumentos de planeamiento que le proporcionan la normativa urbanística a la que precisamente hacía sustanciales remisiones la Ley y el Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional. Todo ello nos lleva a concluir que la vigencia de esta Ley y de su Reglamento es una vigencia residual, esto es, en lo que no se opongan al Texto Refundido de la Ley del Suelo. De ahí que la sentencia de instancia, admitida universalmente por la doctrina legal y científica —sin reservas de ninguna clase— la equiparación o asimilación de los Planes de Ordenación Urbana de los Centros de ITN a los*



*Planes Parciales de la legislación del Suelo, haya estimado, en virtud del principio de jerarquía de los Planes Urbanísticos y de la normativa que rige la Revisión de los Planes, que nada obsta a que se lleve a cabo la modificación de las determinaciones del Plan de Ordenación Urbana del Centro de Interés Turístico Nacional de Cala de Salions, aprobado en mayo de 1966, mediante la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Tossa de Mar. Y ello, decimos ahora, sin necesidad, como postula la apelante, de que la Revisión del Plan General de Tossa de Mar actúe como causa justificativa para la revisión, a su vez, del Plan de Ordenación Urbana del Centro de ITN "Cala Salions", a través del procedimiento establecido en su normativa específica de 1963 y 1964, sino directamente. La revisión establecida en el artículo 20 de esa Ley y en los 59 a 61 de su Reglamento, podía estimarse, como ordinaria —la que debería hacerse en todo caso cada quince años— y extraordinaria que tendría lugar cuando existieran circunstancias excepcionales debidamente justificadas; el procedimiento habría de ser el mismo que para su aprobación. Ninguna de las condiciones para una u otra revisión se han dado en este caso, por lo que la remisión a la normativa urbanística común impone la solución dada por la sentencia de instancia. Si los Planes relativos a Zonas o Centros de interés turístico que se tramiten al amparo de su legislación específica, deberán ajustarse a las determinaciones de los Planes previstos en la Ley del Suelo a tenor de la Disposición Transitoria 5.ª, 4; y si la propia Generalidad de Cataluña, que es parte litigante en este proceso contencioso-administrativo, estima que el procedimiento seguido para la Revisión del Plan General de Tossa de Mar y el Organo que ha aprobado definitivamente la misma, la Comisión Provincial de Urbanismo, son absolutamente correctos y competentes respectivamente, no deja de extrañar que Focsa, S. A., siga postulando "la intervención del Organo competente de la Generalidad de Cataluña al que incumbe el ejercicio de las facultades sobre Centros y Zonas de ITN"; y siga propugnando la revisión del Plan de Promoción en cuanto precedente y condicionante del Plan de Ordenación de Cala Salions. Por otra parte no se ha efectuado prueba alguna de que la Revisión llevada a cabo sea irracional, haya incurrido en errores o sea contraria al interés público; tampoco se opone al principio de seguridad jurídica porque éste debe ser entendido rectamente y no en el sentido inmovilista de perpetuar calificaciones urbanísticas precedentes sin conceder posibilidad al cambio operado en virtud de nuevas exigencias de toda índole. Y si de ello se derivan consecuencias perjudiciales producidas por desigual reparto de cargas y beneficios, o por los cambios introducidos, deberán tener corrección adecuada en la fase de ejecución del Plan.*

*En definitiva la Comisión Provincial de Urbanismo de Gerona es plenamente competente según el artículo 35 de la Ley del Suelo y según la normativa urbanística de la Comunidad de Cataluña para aprobar la Revisión del Plan General de Tossa de Mar abarcando incluso el Plan de Cala Salions que, según la Generalidad de Cataluña, no había sido ejecutado en los plazos previstos; y el procedimiento seguido, que es el establecido en la normativa precitada, es el correcto. No existe por ello nulidad de los apartados a) y c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La aplicación de la Ley y del Reglamento sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional preconizada por la parte apelante, se opone al Texto Refundido de la Ley del Suelo y por ello debe ser rechazada. Se continúa así la dirección doctrinal trazada por las sentencias de 2 de febrero y 29 de abril de 1988.» (Sentencia de 3 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6014.)*

## X. UNIVERSIDADES

A) *Organización. Departamentos. Naturaleza y requisitos para su creación, modificación y supresión.*

«La organización en Departamentos de las Universidades españolas que tiene como objetivo fundamental el de elevar la calidad docente e investigadora de las mismas mediante la formación de equipos coherentes de personal a tal fin, agrupados por "áreas de conocimiento", si bien se introdujo ya en 1965, se ha visto potenciada por la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, en la que, conforme a su espíritu, se trata de evitar, en lo posible, la imposición reglamentaria de dicha estructura departamental, posibilitando el que sean las Universidades las que adapten "progresivamente" su organización de la nueva "por Departamentos", estableciendo que serán aquellas mismas quienes decidirán, en última instancia, su propia composición así como el grado de implantación real y efectivo del nuevo sistema organizativo por "Departamentos"; mas este sistema que es respetuoso con el principio constitucional de la "autonomía universitaria", no impide que la citada Ley Orgánica atendiendo a criterio de "interdisciplinariedad o especialización científica" y principalmente al fin indicado de "implantación progresiva" de la nueva estructuración de las Universidades en "Departamentos", defina los Departamentos "como los Organos básicos encargados de organizar y desarrollar la investigación y las enseñanzas propias de su respectiva área de conocimiento científico, técnico o artístico y agruparán a todos los docentes e investigadores cuyas especialidades se correspondan con tales áreas —apartado uno de su artículo 8.º—, disponiendo a la vez que "la creación, modificación y supresión de Departamentos corresponderá a la Universidad respectiva" —pero añadiendo—, que ello se hará "conforme a sus Estatutos y de acuerdo con las normas básicas aprobadas por el Gobierno a propuesta del Consejo de Universidades" —apartado cuatro del citado artículo 8.º—; es decir, en la mentada Ley Orgánica 11/1983, se establece un "marco" legal dentro del cual se han de desenvolver jurídicamente las Universidades para desarrollar dicha "implantación progresiva" de la nueva organización por "Departamentos" —conformidad a los Estatutos de cada Universidad y "normas básicas" aprobadas en forma por el Gobierno—; pues bien, amén de lo que establezcan los Estatutos de las respectivas Universidades, el Real Decreto 2360/1984, de 12 de diciembre, vino a desarrollar reglamentariamente la mentada Ley Orgánica y, fundamentalmente, a establecer las aludidas "normas básicas" que han de tenerse en cuenta en la creación, modificación y supresión de los Departamentos cuestionados; así, mientras en el artículo 1.º.I de la citada norma reglamentaria, transcribe casi literalmente la definición dada en el apartado uno del artículo 8.º de la citada Ley Orgánica, en el apartado 2 de dicha norma, se establece que "de acuerdo con la Ley de Reforma Universitaria y en los términos del presente Real Decreto, los Departamentos se consituirán por áreas de conocimiento científico, técnico o artístico, y agruparán a todos los docentes e investigadores cuyas especialidades se correspondan con tales áreas"; siendo importante recordar que en el referido Real Decreto 2360/1984 —norma básica a que alude la Ley Orgánica—, se establecen los "mínimos de profesorado y los mecanismos de conexión entre Departamentos", así como "las áreas de conocimiento" que han de ser tenidos en cuenta para la aludida creación, modificación y supresión de aquéllos; así, en su artículo 3.º se establece que "a los solos efectos de creación de Departamentos... son áreas de conocimiento las definidas en el apartado 2 del artículo 2.º del Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, y que se relacio-

nan en el Anexo del mismo" —norma general—, mientras que en el artículo 5.º.1 del Real Decreto 2360/1984 se prevé con un supuesto especial y excepcional que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.º —antes apuntado—, a los solos efectos de constitución de Departamentos, y atendiendo a criterios de interdisciplinariedad o especialización científica, las Universidades podrán agrupar a los Profesores en áreas de conocimiento distintas de las incluidas en el catálogo establecido por el Consejo de Universidades" —pero añade—, "la constitución de tales Departamentos deberá contar previamente con el informe favorable del Consejo de Universidades, que valorará primordialmente la coherencia científica, técnica o artística de los objetivos docentes e investigadores de dichos Departamentos", y, previniendo el caso de que dicho Consejo no emitiera "el referido informe en el plazo de tres meses, desde la recepción de la correspondiente propuesta, se entenderá que éste ha sido favorable".» (*Sentencia de 17 de mayo de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4387.*)

**B) Estatutos. Procedimiento de elaboración y control de la legalidad por la Comunidad Autónoma.**

Vid. I. FUENTES. (*Sentencia de 4 de mayo de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4374.*)

**XI. SANCIONES**

*Principio de legalidad.*

1. *Se confirma la doctrina de que en supuestos de sujeción especial la reserva de ley del artículo 25 de la CE se debilita, pudiendo definirse infracciones y sanciones a nivel reglamentario. Supuesto de organización de Mercados Municipales.*

«En el primer motivo de la apelación el apelante aduce inconstitucionalidad de la sanción administrativa que le ha sido impuesta por carecer el Reglamento Municipal de Servicio de Abastos y Mercados Minoristas del Ayuntamiento de Palma de rango legal exigido por el artículo 25.1 de la Constitución para definir faltas e imponer sanciones; alegación que debe ser rechazada por desconocer la reiterada doctrina constitucional de que en las relaciones de sujeción especial, como lo son las que regulan la organización de los Mercados Municipales —Sentencias de este Tribunal de 29 de diciembre de 1987 y 28 de noviembre y 19 de diciembre de 1989—, la reserva de ley del indicado artículo 25.1 de la Constitución pierde gran parte de su fundamentación material ya que en estos casos no se trata de ejercer el "ius puniendi" de la Administración, sino de organizar los servicios públicos, como ha dicho también este Tribunal en su reciente Sentencia de 24 de abril de 1990 referida igualmente a un supuesto de sujeción especial; siendo ésta la doctrina que se refleja en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de enero y 7 de abril de 1987 (R. T. Const. 2 y 42) y 21 de diciembre de 1989 (R. T. Const. 219).» (*Sentencia de 29 de mayo de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 5621.*)

2. *Se insiste en la exigencia de habilitación por ley, incluso en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, para la atribución de la potestad sancionadora. Se anula la retirada de la licencia de detective privado por considerarse una sanción amparada únicamente en norma reglamentaria.*

«El Abogado del Estado se alza en apelación contra la sentencia de instancia que conociendo del recurso interpuesto por don José M.<sup>a</sup> L. G., Detective Privado director de "Detectives L." con número de licencia 26, contra la Resolución del Director General de la Policía de 1 de marzo de 1984 —confirmada en alzada por el Subsecretario del Ministerio del Interior el 3 de agosto siguiente—, anuló los actos administrativos recurridos con fundamento en que la Orden Ministerial de 20 de enero de 1981 que regula la Profesión de Detective Privado establece en su artículo 12 una serie de medidas sancionadoras que violan los principios constitucionales de legalidad y de tipicidad e incluso el principio de proporcionalidad de las sanciones, pues aun considerando que el principio de reserva de ley establecido en el artículo 25.1 de la Constitución se limitase a los delitos e infracciones es evidente que en el citado artículo 12 se establecen una serie de sanciones en conjunto para las infracciones pero sin determinar la sanción que corresponde a cada infracción.

El Abogado del Estado alega en apoyo de su pretensión revocatoria que el artículo 12 de la Orden de 20 de enero de 1981 respeta el principio de proporcionalidad porque atiende a su gravedad o trascendencia, el de tipicidad porque las infracciones vienen constituidas por la violación de la normativa concreta que regula la profesión de Detective Privado contenida en la Orden Ministerial y el de legalidad porque la observancia de este principio en el derecho administrativo sancionador no impide el ejercicio de la potestad reglamentaria en este campo, derivando la legalidad de la normativa sancionadora de las infracciones cometidas por los Detectives Privados de la configuración de esta profesión como intervenida administrativamente y sometida al otorgamiento de una licencia administrativa y por ello el incumplimiento de las condiciones y requisitos bajo los cuales se otorga pueden y deben ser sancionados con arreglo a las normas contenidas en la propia Orden Ministerial.

Aunque la Sentencia de la entonces Sala 3.<sup>a</sup> de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 1982 en que se apoya a la sentencia de instancia únicamente contempla la potestad reglamentaria de los titulares de los Departamentos Ministeriales desde el prisma de la facultad organizatoria de la Administración sin entrar en lo que la resolución impugnada denomina medidas sancionatorias, y el Tribunal Constitucional tiene declarado que el término legislación vigente contenido en el artículo 25.1 de la Constitución es expresivo de una reserva de Ley, también tiene declarado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y que el alcance de reserva de ley pierde parte de su fundamentación material en el seno de las relaciones de sujeción especial, también tiene establecido en doctrina sustentada entre otras en sus Sentencias de 20 de abril y 21 de diciembre ambas de 1989 (R. T. Const. 69 y 219) que incluso en el supuesto de mediar relaciones de sujeción especial en que la potestad sancionadora no es expresión del *ius puniendi* del Estado sino manifestación propia de autoordenación correspondiente, una sanción carente de toda base normativa legal devendría lesiva del derecho que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución, y como la parte invocante no invoca norma con rango de Ley que preste cobertura al artículo 12 de la Orden Ministerial de 20 de enero de 1981 anteriormente citada, debe ser mantenida la sentencia impugnada, sin expresa declaración sobre costas.» (*Sentencia de 7 de abril de 1990, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 8.<sup>a</sup>, Ar. 2859.*)

## XII. DERECHOS FUNDAMENTALES

*Derecho a la tutela judicial efectiva.*

*Eventual afectación de la misma respecto de las Corporaciones Locales al exigirse el dictamen de Letrado previo al ejercicio de acciones, si su ausencia fuera estimada como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso.*

Vid. IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL. (Sentencia de 11 de abril de 1990.)

## XIII. URBANISMO

*Planeamiento.*

1. *Formación y aprobación. Las competencias municipales deben interpretarse a partir del principio de la autonomía local y de la concepción del procedimiento de aprobación como un procedimiento bifásico. Alcance de las competencias de la Comunidad Autónoma en la aprobación definitiva.*

«Ciertamente los artículos 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 132 del Reglamento de Planeamiento, configuran la *aprobación definitiva* como el resultado del estudio del plan "en todos sus aspectos", tanto los reglados como los discrecionales o de oportunidad, pero es claro que este criterio preconstitucional ha de ser entendido a la luz de las exigencias de la autonomía municipal —sentencias de 14 de marzo y 18 de julio de 1988— proclamada en los artículos 137 y 140 de la Constitución, tal como deriva del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico —art. 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, principio éste que opera con una especial intensidad respecto de las normas anteriores a la Constitución.

Ya en este punto será de recordar que la Constitución atribuye a los Municipios autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses". Esta es su finalidad u objeto y por tanto la base para una definición positiva y también para una definición negativa de la autonomía: a) *positivamente*, la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales materias o asuntos —sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio (R. T. Const. 32)—; b) *negativamente*, es de indicar que la autonomía no se garantiza por la Constitución, como es obvio, para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad local —sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero (R. T. Const. 4)—.

Y así las cosas, resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una *potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas* —sentencias de 20 de marzo, 10 y 30 de abril, 2 y 9 de julio de 1990, etc.—. Su actuación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación pro-

*visional del Municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica.*

Partiendo de la base de que *“en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último”* —sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre (R. T. Const. 170)— *queda perfectamente justificado que, en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados, sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores.*

Y destacando la alusión que acaba de hacerse a la conexión de los intereses locales y supralocales, es de señalar que una acomodación del artículo 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos:

*A) Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados —es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios reglados—:*

*a) Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal.*

*b) Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad.*

*B) Aspectos discrecionales.*

También aquí es necesaria aquella subdistinción:

*a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés comunitario. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin transcendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto:*

*a') Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia —sentencias de 1 y 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo y 11 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero y 17 de junio de 1989, 20 de marzo, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.—.*

*b') No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad: en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento.*

*b) Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior: además de lo ya dicho antes en el apartado a'), aquí y dado que “en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último” —sentencia ya citada del Tribunal Constitucional 170/1989— resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria.*

En el supuesto litigioso el Ayuntamiento de Girona y la Generalitat mantienen criterios contrapuestos respecto de la situación que ha de corresponder a

una zona verde y a otra edificable en la montaña de Montjuich en la que se levanta una antigua fortificación militar.

En el acuerdo de aprobación definitiva, en parte modificado por la estimación parcial del recurso de reposición, la Generalitat, invocando el impacto visual y la importancia paisajística de estas determinaciones, entiende procedente —y en este sentido altera las determinaciones aprobadas por el Municipio— que el suelo edificable se mantenga en la parte alta de la montaña, preservando de la edificación las cotas inferiores. El Municipio, por el contrario, había decidido una ubicación diferente para no privar de vistas al castillo de Montjuich y no empañar la visión de dicho monumento con la elevación de construcciones a su alrededor.

Y sobre esta base, será de indicar:

A) *La modificación introducida por la Generalitat no se fundaba en la necesidad de proteger un interés supralocal que pudiera resultar afectado por las calificaciones urbanísticas decididas por el Municipio.*

B) *Para tal modificación se invocaba como fundamento el impacto visual y la importancia paisajística de la calificación discutida.*

Así las cosas, ocurre:

a) En la medida en que tales fundamentos integran criterios reglados —art. 73 del Texto Refundido— ha de advertirse, en primer término, que *el margen de apreciación propio de los conceptos jurídicos indeterminados aquí corresponde al Municipio dado que lo discutido no afecta a un modelo territorial superior determinado por intereses supralocales, y, en segundo lugar, que no existe base para entender que la solución comunitaria lograría mejor la finalidad perseguida.*

b) *En cuanto la determinación discutida es una apreciación de oportunidad, ha de entenderse que la Generalitat no estaba habilitada para modificarla al no existir intereses de orden supralocal.» (Sentencia de 13 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6034.)*

2. *Relación Plan General-Plan Especial. Planes especiales para la Protección del Patrimonio Histórico Artístico: pueden modificar el Plan General para el cumplimiento de los fines derivados del artículo 46 de la CE.*

*«Ciertamente de la naturaleza normativa del planeamiento deriva la aplicabilidad en su ámbito del principio de la jerarquía normativa —art. 9.º.3 de la Constitución— aunque con algunos matices determinados, de un lado, por la concepción abierta y evolutiva de los Planes Generales y, de otro, por la peculiaridad de los Planes Especiales: a diferencia de los Planes Parciales, los Especiales no son simple desarrollo y concreción del Plan General pues en razón de su específica finalidad disponen de un amplio margen de apreciación para el logro de su objetivo.*

*Y así, la jurisprudencia admite claramente la posibilidad de que un Plan Especial modifique la ordenación establecida en el Plan General con el límite de que no puede sustituir a éste como instrumento de ordenación integral del territorio —art. 17.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo— ni tampoco puede modificar la estructura fundamental que traza el Plan General —art. 23.2 del Texto Refundido—: Sentencias de 19 de enero y 27 de febrero de 1987, 8 de abril de 1989, etc.*

Aún más concretamente ha de recordarse que, en lo que ahora importa, el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico —art. 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— exige que *los Planes Especiales como el litigioso hayan de velar por la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico —art. 46 de la Constitución— lo que implica la búsqueda de la armonía de las nuevas obras con su entorno —Sentencia de 19 de enero de 1987—.*

*Y este criterio que se integra dentro de los principios rectores de la política social y económica que traza la Constitución ha de inspirar, como expresamente advierte su artículo 53.3 no sólo la práctica judicial sino también la actuación de los poderes públicos y por tanto la de la Administración al elaborar y aplicar el planeamiento.*

*Es clara por tanto la posibilidad de que el Plan Especial litigioso modificara legalmente el Plan General en materia de alturas, plantas o volúmenes para la realización de su objetivo protector del patrimonio arquitectónico.» (Sentencia de 6 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4814.)*

3. *Publicación. Alcance del artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. Se extiende a los Planes cuya aprobación definitiva corresponde a una entidad supramunicipal.*

«Por ello la cuestión fundamental que estos autos plantean es precisamente la de si la publicación desnuda del acuerdo de aprobación definitiva sin incluir las ordenanzas y normas urbanísticas resulta bastante para la entrada en vigor del Plan.

El sistema que a este respecto trazaba la Ley del Suelo ofrecía una doble peculiaridad pues por una parte implicaba una publicidad de contenido limitado al recoger sólo el texto del acuerdo de aprobación definitiva —arts. 44 del Texto Refundido y 134 del Reglamento de Planeamiento— y por otra producía efectos con carácter inmediato —art. 56 del Texto Refundido—.

*Estas dos notas aparecen en principio corregidas ya por el artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, que exige que las normas de los Planes urbanísticos se publiquen recogiendo completamente su texto y que introduce una "vacatio legis" de quince días hábiles —en el mismo sentido art. 196.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 28 de noviembre de 1986—.*

Se ha dicho que esta corrección del sistema anterior se ha producido en principio pues el tema aquí debatido es justamente el del ámbito de aplicación del citado artículo 70.2 que ha suscitado la duda de si se refiere únicamente a los planes cuya aprobación definitiva corresponde al Municipio o si por el contrario ha de extenderse también a planes de mayor entidad.

Desde luego podría pensarse que las exigencias del artículo 70.2 son sólo de aplicación en los casos de aprobación definitiva de la competencia municipal:

A) El inciso primero del precepto va referido a los acuerdos de las Corporaciones locales y esto da base para entender que su ámbito es únicamente el de las aprobaciones definitivas que son competencia de aquéllas.

B) El plazo de *vacatio legis* se fija por remisión al artículo 65.2 de la propia Ley. Ciertamente es un plazo extraño tanto por su *dies a quo* como por su cómputo de días hábiles. No es éste el momento de precisar ahora aquel *dies a quo* —razones de fijeza y seguridad jurídica exigen la adaptación al terreno



que se contempla: publicación y entrada en vigor de normas—. Pero sí que hay que indicar que aquella remisión a un precepto que regula la impugnación de acuerdos locales podría venir a corroborar la tesis recogida en el apartado A).

Sin embargo, una reflexión más detenida sobre el tema conducirá a otra conclusión:

A) *En el terreno de la pura literalidad, el precepto va dirigido a las ordenanzas "incluidas las normas de los planes urbanísticos". Y no se hace distinción alguna. Cabe pensar que pese a la sedes materiae se ha querido introducir una norma de sentido rigurosamente urbanístico.*

Es más, la Ley de Bases era perfectamente consciente de su novedad que establecía y de su gran trascendencia y por ello para evitar atenuaciones y restricciones regula la consecuencia jurídica de forma negativa: "... las normas de los planes urbanísticos... no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo...". Y ello sin distinción alguna.

B) Desde el punto de vista de la lógica jurídica y en muy directa relación con la finalidad de la normativa que se examina *no resulta en modo alguno explicable que los planes de menor trascendencia —art. 5.º.1 del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre— estén sometidos a las rigurosas exigencias del artículo 70.2 de la Ley 7/1985 y en cambio un Plan General de Ordenación Urbana, de mucha mayor relevancia, pueda entrar en vigor sin publicidad alguna para las normas definitivamente aprobadas.*

D) En último término será de recordar el principio de *interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico* —art. 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—. *La Constitución es un contexto dominante para todas las demás normas lo que exige que las dudas surgidas en la interpretación de éstas hayan de ser resueltas en el sentido que mejor contribuya a hacer realidad el modelo de convivencia que aquélla dibuja.*

Lo que aquí se está discutiendo es si han de publicarse o no determinadas normas —normas son pues la calificación de urbanísticas no puede borrar aquella naturaleza; hay en este sentido una copiosa jurisprudencia—. Pues bien, proclamado por la Constitución el principio de la publicidad de las normas —art. 9.º.3—, es claro que toda duda ha de despejarse con la solución que permita hacer más eficaz dicha publicidad y en esta línea el examen comparativo de los sistemas de publicación de la Ley del Suelo y del artículo 70.2 de la Ley 7/1985 conduce claramente a la conclusión que ya derivaba de los razonamientos anteriores.

En definitiva la amplia dicción literal del artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, referida a los planes urbanísticos sin distinción, el carácter municipal del planeamiento en alguno de sus escalones, la lógica que excluye que en los planes de mayor relevancia la publicidad sea menor y en último término el principio de interpretación conforme a la Constitución que en su artículo 9.º.3 consagra el principio de publicidad de las normas, conducen a la conclusión de que el artículo 70.2 de la Ley 7/1985 no puede referirse sólo a los planes cuya aprobación definitiva es de la competencia municipal.

Así lo ha declarado ya esta Sala en la sentencia de 10 de abril de 1990 en la que se rectificaba el criterio seguido en la de 24 de enero de 1989. (Sentencia de 9 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6021.)

#### XIV. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

##### A) *Recurso económico-administrativo.*

*El establecimiento por norma foral de la vía económico-administrativa contra acuerdos locales es nulo por vulnerar la autonomía local.*

Vid. IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL. A) *Autonomía local.* (Sentencia de 3 de abril de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2883.)

##### B) *Recurso de alzada.*

*Procede establecer el recurso de alzada contra ciertos acuerdos de los Colegios Profesionales ante los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente y no ante el Consejo General de dichos Colegios.*

Vid. V. COLEGIOS PROFESIONALES. (Sentencia de 12 de marzo de 1990, Ar. 2521.)

#### XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

##### A) *Medida Cautelar. Auto de suspensión. Carácter provisional y modificable del acuerdo, lo que permite no ejecutar el auto previo de signo contrario.*

«Despejado el obstáculo procesal referente a la apelabilidad, el Auto que aquí se impugna es el de 20 de septiembre de 1988, que acordó suspender el de 5 de enero del mismo año, por el que se había resuelto la suspensión del acto administrativo en el que la Comunidad Autónoma de Murcia había declarado que el señor S. P. J. no podía compatibilizar su puesto como Médico Jefe de Servicio de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales con el de Médico Especialista del INSALUD.

Ordenada la ejecución del último de los autos citados, el Ministerio para las Administraciones Públicas alegó que era legalmente imposible ejecutarlo, porque los horarios de los dos puestos de trabajo eran parcialmente coincidentes, por lo que la reposición del recurrente causaría necesariamente el incumplimiento de sus deberes de asistencia y permanencia.

Este dato, que no había sido aportado a la pieza con anterioridad a dictarse el Auto de 5 de enero de 1988 y que no ha sido negado por la parte apelante, motivó que se abriera el trámite previsto en el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción, que concluyó en el Auto apelado, en el que la circunstancia mencionada se califica en el sentido de que la ejecución del que había acordado la suspensión de la ejecución del acto administrativo sería gravemente perjudicial para los interesados públicos.

La representación procesal del señor S. P. J. afirma que esta apreciación y la posterior declaración suspensiva hecha por la Sala ya no era posible, en cuanto que sus potestades quedaban limitadas por el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción a una doble opción, la de declarar inejecutable el Auto de 5 de

enero de 1988, determinando la forma de llevar a efecto el fallo o resolución que no existía imposibilidad de ejecución y obligar a cumplirlo en sus propios términos. Aceptado el primer supuesto, el recurrente pide que se acuerde, como forma sustitutoria de llevarlo a efecto, la indemnización de las mensualidades que ha dejado de percibir durante el tiempo que de haberse cumplido el citado Auto le hubieran sido abonadas.

La argumentación reseñada no es convincente, habida cuenta de la naturaleza de las resoluciones judiciales de suspensión de los actos administrativos que se impugnan jurisdiccionalmente. Lo característico de los Autos que se dictan conforme al artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción es la de que se trate de una medida provisional, que protege al administrado frente a los posibles efectos irreversibles de la normal ejecutividad inmediata de las decisiones administrativas, pero que también tiene que ponderar las posibles perturbaciones para los intereses públicos que puedan seguirse del acuerdo suspensivo de aquella normal ejecutividad.

La naturaleza provisional, meramente cautelar, del Auto de suspensión y la exigencia legal de valorar la calidad de los perjuicios que puedan ocasionarse a la parte recurrente, pero también las perturbaciones al interés público, permiten establecer que estas circunstancias pueden variar durante el proceso o bien ser valoradas en forma distinta por el Tribunal, al serle aportados nuevos elementos para su apreciación. En estos casos, no hay inconveniente procesal para que reexamine su decisión anterior, tanto si hubiere accedido a la suspensión como si la hubiere denegado, adoptando otra que considere más acorde con las nuevas circunstancias de hecho o los elementos de prueba sobre los perjuicios al particular o perturbaciones al interés público que con anterioridad no había conocido.

Esta doctrina nos permite llegar a la conclusión de que la Sala de Murcia actuó en el ejercicio de sus legítimas potestades al dejar sin efecto (aunque la Sala habla de suspensión) el Auto de 5 de enero de 1988, al considerar que se produciría una perturbación grave al interés público si se aceptara la prestación cautelar por el recurrente de dos puestos de trabajo, de los que se dice por la Administración que son parcialmente coincidentes en su horario.

No estamos, en definitiva, ante un caso típico de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, sino ante la facultad siempre abierta de adoptar medidas cautelares de carácter provisional durante la tramitación del proceso, para asegurar la efectividad de la sentencia que en su día haya de dictarse. El ejercicio de esta facultad judicial no origina derecho a indemnización alguna por parte de la Administración, sin perjuicio de la que pueda haber lugar a percibir como consecuencia de lo que se resuelva definitivamente en la sentencia.» (*Auto de 13 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 9.ª, Ar. 5096.*)

#### B) *Recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley.*

*Se reconoce la legitimación de las Comunidades Autónomas para su interposición, interpretando el artículo 101.1 de la LJ de acuerdo con el bloque de constitucionalidad.*

«Examinamos en primer lugar las objeciones previas opuestas por la representación de tres de los recurrentes que obtuvieron el Fallo aquí apelado, respecto a las cuales precisamos: A) En lo que atañe a la falta de legitimación de la Comunidad Foral de Navarra, es evidente que no afecta a la continuación y resolución del recurso extraordinario que nos ocupa interpuesto y

mantenido también por el Abogado del Estado en términos que coinciden en lo sustancial con las tesis expuestas por dicha Comunidad. Además, a la vista del artículo 137 de la Constitución y del artículo 1.º de la Ley Orgánica 13/1982 no cabe entender el artículo 101.1 de la Ley de esta Jurisdicción como prohibitivo de la intervención de la Comunidad Foral en el presente recurso de apelación extraordinario en interés de ley. B) En cuanto al recurso de queja pendiente al tiempo de interposición de la apelación extraordinaria no vicia ésta porque la resolución de la queja —en sentido negativo— dejó claro que la vía de la apelación ordinaria estaba cerrada desde el momento mismo en que se dictó sentencia inapelable. C) Por último, la alegación de que la sentencia objeto de apelación extraordinaria establece una doctrina "gravemente dañosa y errónea", una vez aducida y razonada no puede ser resuelta con separación del fondo de la cuestión litigiosa en esta clase de recurso extraordinario, fondo que forzosamente consiste en pronunciarse sobre el error sufrido y los daños potenciales que de él puedan derivarse. Así pues, han de rechazarse las objeciones previas y entrar en el fondo indicado.» (*Sentencia de 24 de enero de 1990, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 2925.*)

#### XVI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

##### *Lesión indemnizable.*

*Se conceptúa como lesión indemnizable imputable a la Administración la comisión pagada por el particular para obtener el aval bancario exigido para conceder la suspensión de la ejecutividad del acto que es anulado por la jurisdicción.*

Vid. II. ACTO ADMINISTRATIVO. B) *Suspensión de la ejecutividad.* (*Sentencia de 3 de abril de 1990.*)

Tomás FONT I LLOVET  
Joaquín TORNOS MAS