

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Normas presupuestarias*. B) *Decreto-ley*. No existencia en Comunidades Autónomas. C) *Reglamento*: 1. Procedimiento de elaboración. Audiencia a entidades y corporaciones. 2. Nulidad. Por vicios procedimentales.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Circular*. B) *Ejecutividad*: 1. Sanción. No es ejecutable hasta su firmeza en vía administrativa. 2. Distinción entre ejecutividad y ejecutoriedad. C) *Desviación de poder*: 1. Se aprecia en traslado de funcionario. 2. Se aprecia en cese de funcionario.—III. CONTRATOS: A) *Naturaleza*. B) *Pago*.—IV. DOMINIO PÚBLICO: *Recuperación de oficio*. 1. Recuperación de la red viaria de una urbanización privada previamente a su cesión al municipio. 2. Extinción de usufructo en favor del Estado en la recuperación municipal de bienes demaniales.—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Impugnación de acuerdos por concejales*.—VI. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: *Régimen jurídico*. *Publicidad de sus actos*.—VII. COLEGIOS PROFESIONALES: *Reserva de ley relativa del artículo 36 de la Constitución*.—VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) *Expropiación especial*. *Caudal de agua privada*. B) *Expropiación urbanística*. *Criterios para su determinación*. C) *Justiprecio*.—IX. SANCIÓN: *Compatibilidad entre sanción penal y administrativa*.—X. SERVICIO PÚBLICO: A) *Televisión Española*. *La supresión de un espacio de la programación es un acto de mera gestión mercantil*. B) *Taxis*.—XI. UNIVERSIDADES: *Legalidad de la limitación del derecho de acceso a centros universitarios*.—XII. URBANISMO: A) *Planeamiento: competencias de las Entidades Locales Menores*. B) *Suelo no urbanizable*. C) *Obras de urbanización*: 1. Los proyectos de obras de urbanización ordinaria pueden ser incluidos en el POS. 2. Expediente para fijar la cuantía del aval o garantía. D) *Licencias*. *Carácter reglado*. *Es contrario a dicho carácter la amplia discrecionalidad de una Ordenanza de estética*. E) *Disciplina*. *No es posible ejercitar la acción pública para exigir del Alcalde la aplicación de la facultad prevista en el artículo 186 LS*.—XIII. RECURSO ADMINISTRATIVO: A) *Reposición*. *Doctrina jurisprudencial sobre la notificación defectuosa*. B) *Doble alzada*. *Debe entenderse derogada por inconstitucionalidad sobrevenida*.—XIV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Inadmisibilidad*. *Artículo 82.a) de la LJ*. *No procede la inadmisión, sino la remisión al Tribunal competente; en el momento de dictar sentencia no podrá desestimarse el recurso por falta de competencia*. B) *Legitimación*. *Reglamentos*. *Inconstitucionalidad del artículo 28.b) LJ*. C) *Partes*: 1. *Emplazamiento*. 2. *Adhesión a la apelación*. D) *Acumulación*. E) *Acción*. *Invalidez de la renuncia efectuada en vía administrativa a accionar ante los Tribunales*. F) *Demanda*. *Plazo de caducidad; interpretación flexible*. G) *Recurso de apelación*.—XV. RESPONSABILIDAD: A) *Terrorismo*. B) *Nexo causal*.

I. FUENTES

A) *Normas presupuestarias*. *Naturaleza*. *Reserva legal*.

«La aprobación de los presupuestos está en la raíz histórica de nuestras Cortes, como lo está el control del gasto público, y ello conlleva que sea una materia reservada a la Ley por la Constitución en su artículo 134. La

controversia, hoy superada, acerca de la naturaleza jurídica de este documento contable en el cual se configura la política económica de quienes ejercen el poder, tuvo en su día, por ello, una trascendencia que rebasaba el ámbito de un debate académico. Entre las dos alternativas otrora manejadas —acto o norma—, el ordenamiento español ha optado desde mucho tiempo en favor de la última. Todo ello implica, en una vertiente negativa, la interdicción de la potestad reglamentaria en este campo acotado para el Parlamento, como expresión de la soberanía popular.

En efecto, el itinerario de los presupuestos generales del Estado comprenden tres fases, que en otros tiempos recibieron los nombres de contabilidad legislativa, administrativa y judicial, simétrica de la aprobación, ejecución y fiscalización. En la primera, que nos ocupa en este momento, interviene el Gobierno en la "elaboración" y "presentación" (párrafos 1.º y 3.º del mencionado art. 134), actividades cuya naturaleza equivale en un todo a la de un proyecto de Ley, manifestaciones en uno y otro caso de la iniciativa legislativa que constitucionalmente le corresponde con arreglo al artículo 87. Ahora bien, el "examen, enmienda y aprobación" es competencia exclusiva y excluyente de las Cortes Generales y, en su ámbito territorial, de las Asambleas autonómicas.» (*Sentencia de 30 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3637.*)

B) Decreto-ley.

Inexistencia de este tipo de normas con fuerza de ley en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas.

«En este aspecto se plantean dos problemas previos. El primero consiste en averiguar si el instrumento normativo provisional en que consiste el Decreto-ley, según el artículo 86 de la Constitución, puede ser utilizado en los supuestos de extraordinaria o urgente necesidad para sustituir la aprobación reglamentaria de los presupuestos y de sus normas de aplicación o desarrollo. Esta posibilidad, más que dudosa por afectar al ordenamiento de una institución básica del Estado, carece en este momento de importancia para el enjuiciamiento del presente caso, como también el segundo de los problemas anunciados, que se manejó como uno de los fundamentos de la impugnación en el escrito de demanda.

Es cierto que la Constitución no parece prohibir a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas el ejercicio de esta potestad legislativa provisional en estado de necesidad [arts. 152.1, 153.a) y 161.a)], mientras que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, prevé genéricamente en su artículo 27.2.a) la impugnación de leyes, actos y "disposiciones normativas con fuerza de Ley" de aquellas Comunidades. En los Estatutos de algunas, como las de Cataluña y Galicia, se permite la delegación legislativa en paralelismo con los artículos 82 al 84 de la Constitución, mientras que el de Canarias guarda silencio al respecto, pero todas omiten cualquier referencia a los Decretos-leyes o al artículo 86, lo cual parece indicar *a contrario sensu* una exclusión de tal mecanismo legiferante.» (*Sentencia de 30 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3637.*)

C) Reglamento.

1. *Procedimiento de elaboración. La falta de audiencia a entidades y corporaciones comporta la nulidad de la norma si ésta puede afectar gravemente a intereses generales o corporativos.*

«En el recurso contencioso-administrativo número 408603 de que ha conocido esta Sala, dirigido contra la misma Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de noviembre de 1982, aquí impugnada, recayó sentencia de 14 de mar-

zo de 1986 en la que después de razonar en los Fundamentos de Derecho que, aunque el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituye un trámite de observancia discrecional, que ha de reconocerse al organismo que lleve la iniciativa del Proyecto de elaboración de la Disposición General, dicha discrecionalidad cede cuando se acredita que los intereses en juego pueden afectar gravemente a intereses generales o corporativos, en cuyo caso será preciso oír a las Asociaciones Sindicales nacidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, a las que ha de entenderse referida la mención que dicho apartado 4 del artículo 130 hace a la Organización Sindical, y afectando en este caso concreto la materia regulada de manera muy directa a los intereses económicos, e incluso a la actividad profesional de los ganaderos de reses bravas —como lo reconocen en sus informes tanto la Subdirección de Recursos del Ministerio de Agricultura como la Dirección General de Recursos Agrarios—, sin acreditar la concurrencia de las dos excepciones que autorizan a prescindir del trámite que señala dicho apartado, es decir, que no sea posible y de otra que se oponga a ello razones de interés público consignadas en el proyecto, no habiendo tenido lugar el referido trámite previo ni concurrir ninguna de las dos excepciones legales que pueden excusarlo, declaró procedente, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, anular la Orden referida, dejándola sin valor ni efecto.» (Sentencia de 18 de abril de 1986, Sala 4.º, Ar. 2798.)

2. *Nulidad. La producida por vicios procedimentales será en todo caso nulidad de pleno derecho, pudiendo llegar a equipararse a la inexistencia.*

«Evidentemente, el vicio motivador de la anulación del repetido Reglamento Estatutario no merece otro efecto que el de provocar la nulidad de pleno derecho de dicha disposición, aunque el vicio no fuera de fondo, sino de forma, esto es, del procedimiento seguido en su elaboración, como ha sentado la sentencia de 3 de febrero de 1968 al declarar que "... la Administración debe ajustarse al mismo (al procedimiento establecido), al ejercer la potestad reglamentaria, como requisito esencial para su validez, incurriendo en nulidad siempre que la disposición de carácter general infrinja otra norma de superior jerarquía, tanto por su contenido como por no ajustarse al procedimiento previsto para su elaboración".

Esto es así, y debe ser así, porque los Reglamentos, como normas de rango inferior a la Ley, tienen en todo que supeditarse a ésta, so pena, de lo contrario, de incurrir en una nulidad de pleno derecho, como viene impuesto en el artículo 1.2.º del Código Civil y en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen de la Administración Civil del Estado; sirviendo de causa de nulidad, como se dice en la sentencia citada, tanto la infracción de Ley por motivos materiales o de contenido como por motivos formales o de procedimiento.

Es más, una nulidad por motivos de procedimiento no sólo puede considerarse radical o de pleno derecho, sino que puede alcanzar a la existencia misma de la disposición afectada por la misma, esto es, a considerar su inexistencia, al no haberse producido en la forma requerida por la Ley. Como consecuencia de lo que acaba de afirmarse, no es factible dar entrada a un juego de fechas (fecha de la promulgación del Reglamento y fecha de su anulación), porque la nulidad se produce "ab initio", convirtiendo en algo superfluo el pensar en efectos retroactivos de una declaración de nulidad que viene impuesta "a radice", al equivaler a la inexistencia de la disposición anulada.» (Sentencia de 9 de mayo de 1986, Sala 4.º, Ar. 3060.)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

- A) *Circular. No posee el carácter de acto administrativo de aplicación singular de una norma, siendo, por tanto, inimpugnable la Circular y el Reglamento a través de la vía indirecta.*

«Ha de plantearse ahora si las circulares objeto de este recurso son o no susceptibles de ser recurridas en esta vía jurisdiccional, cuestión íntimamente relacionada con la inadmisibilidad de este recurso contencioso-administrativo aducida por el Abogado del Estado en base al artículo 82.c) de la misma Ley Jurisdiccional, y a tal respecto es preciso señalar que la circular de 28 de julio de 1981, y de la cual la de 30 del mismo mes es consecuencia, no pasa de ser una comunicación que, en forma de oficio o circular, hace referencia al desenvolvimiento del régimen interno de los servicios del Ministerio, y se encuadra dentro del ejercicio de las facultades que se confieren al Subsecretario de un Departamento en los artículos 15 y 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo; es decir, se trata de una instrucción o circular transmitida por un superior a sus inferiores al objeto de dirigir con carácter general la actividad de estos últimos, aunque sea en relación con un servicio determinado, de manera que no cabe entender que estamos ante una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio de un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de su potestad administrativa, sino más bien de la expresión de criterios rectores cursados por un órgano superior a otros inferiores, de orden interno y sin trascendencia externa, sin eficacia normativa, éste que sólo resulta del Real Decreto-ley 11/79, de 20 de julio, Adicional segunda número 5, de la Adicional del Real Decreto 1365/80, de 13 de junio, y de la Orden de 16 de septiembre de 1981, que desarrolla aquella normativa de rango superior y que, por cierto, en su artículo 7 dice que la adscripción de los funcionarios de que se trata "no podrá alterar ni perjudicar la situación de tales funcionarios en orden a la provisión de cualquier vacante que se produzca en las plantillas de los cuerpos a que pertenezcan". De todo lo expuesto resulta que las circulares de referencia no son disposiciones generales, ni tampoco Actos Administrativos, susceptibles aquí de impugnación, de donde, aun partiendo de un concepto amplio para admitir la impugnación de cualquier acto de la Administración, como siempre, esa actuación deberá ostentar tal naturaleza de acto, trascendente frente al administrado para que pueda impugnarse ante esta jurisdicción, y dado que las circulares de que se trata no revisten este carácter, procede la inadmisibilidad del recurso por el artículo 82.c) de la Ley Jurisdiccional, tal como lo plantea el Abogado del Estado, pronunciamiento que corresponde hacerlo de esta forma, puesto que aquí se combaten las tantas veces repetidas circulares, y ello, aun cuando el recurso de reposición ya se pronunció por la inadmisibilidad, que, en definitiva, se mantiene.

El análisis de la Circular de 28 de julio de 1981 —y de la complementaria de 30 del mismo mes, por la que se fijan unos criterios de baremo para la aplicación de incentivos de productividad, que la Administración afirma que no habían sido aprobados formalmente— permite inferir que no estamos en presencia de unos verdaderos actos administrativos —la parte actora en ningún momento sostiene que se trate de disposiciones generales—, sino que, como acertadamente pone de relieve la sentencia apelada, se trata de unas instrucciones cursadas a los Directores Generales del Departamento y a los Delegados de Hacienda encuadrables en el marco de las facultades que a los Subsecretarios y a los órganos superiores confieren los artículos 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para dirigir con carácter general la actividad de los órganos inferiores y que en el caso que nos ocupa tienen una finalidad meramente informativa, concretamente conocer en un plazo breve —como

se dice en el preámbulo de la Circular de 28 de julio de 1981— que funcionarios del Departamento con título de Escuela Técnica Superior o de Grado Medio tienen intención de incorporarse a algún Consorcio mediante el ejercicio de la correspondiente opción. Prueba de ello es que ha sido posteriormente, al publicarse la Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de septiembre de 1981, cuando han quedado definitivamente establecidos los criterios para la incorporación de los funcionarios aludidos a los Consorcios, y que es en las disposiciones finales de dicha orden donde aparece regulada la primera provisión de puestos de trabajo de las plantillas de los expresados organismos, señalándose que la facultad de opción deberá ser ejercitada antes del día 5 de octubre de 1981.» (*Sentencia de 8 de julio de 1986, Sala 5.ª, Ar. 3864.*)

B) Ejecutividad.

1. *Sanción. No es ejecutable hasta que sea firme en vía administrativa.*

«Al haber sido declarada desierta la apelación del recurrente en la primera instancia, este recurso que ahora estudiamos queda circunscrito a la apelación del Letrado del Estado, que impugna la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que con argumentos jurídicos plenamente acertados, por ello, íntegramente aceptados en esta segunda instancia, llegó a la conclusión de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo tramitado al amparo de la normativa contenida en la Sección Segunda de la Ley 62/78, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en el que se impugnaba una resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Viladecans, por la que se sancionaba al recurrente en la primera instancia, Suboficial de la Policía Municipal de dicho Ayuntamiento, con la sanción de suspensión de funciones por el plazo de dieciocho meses, acordándose, además, en la mencionada resolución de la Alcaldía, la inmediata efectividad de la indicada sanción desde el momento de su adopción, ejecutividad inmediata de la sanción que es la que fue objeto de impugnación en este proceso especial, por estimarla vulneradora del derecho a la plena y efectiva tutela de los Tribunales, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, pretendiéndose por el funcionario sancionado que no se ejecute la aludida sanción hasta que no se dicte resolución judicial firme sobre dicha sanción, lo que no fue aceptado en su integridad en la sentencia, apelada, que declaró la improcedencia de la referida ejecución, únicamente en tanto la resolución sancionadora no hubiera ganado firmeza en vía administrativa.

La precedente conclusión de la sentencia recurrida por el Letrado del Estado debe ser confirmada, pues sigue la línea ya sentada por este Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, algunas ya aludidas en la precitada sentencia, como son las de la Sala Quinta, de 17 y 21 de julio de 1982, y las de esta Sala, de 20 de febrero y 20 de junio de 1985, y, como más reciente, la de 26 de marzo de 1986, sentencias todas ellas en las que, en síntesis, se declara que, sin menoscabo de la potestad de la Administración para ejecutar por sí e inmediatamente sus propios actos, sin embargo, esa potestad ejecutoria en el ámbito sancionador, de naturaleza materialmente penal, tiene su límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia configurada también constitucionalmente (art. 24.2, *in fine*), que impide así la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta en procedimiento disciplinario por un órgano administrativo, sin haber agotado todas las instancias dentro de la propia Administración; por tanto, mientras no se hubiere resuelto el recurso correspondiente, como textualmente se dice en la última de las sentencias precedentemente aludida de 26 de marzo de 1986, y como en el presente supuesto, el acto que se pretendía inmediatamente ejecutar —Decreto de la Alcaldía de Viladecans— no era firme, no pudiéndose, por ello, estimar plenamente consolidada la decisión definitiva de la Administración respecto de la culpabilidad del funcionario allí sancionado, es por lo que, al igual que

se declaró en la sentencia apelada, procede anular la declaración de inmediata ejecutividad del acto administrativo sancionador, hasta tanto que el mismo no sea firme en vía administrativa, conclusión que, a mayor abundamiento, es igual que la declarada en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 1985, que resolvía también en relación con un Decreto de la Alcaldía de Viladecans, que imponía a un Cabo de la Policía Municipal la suspensión de funciones por un plazo de dos años.» (Sentencia de 20 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3583.)

2. Distinción entre ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

«También debe distinguirse entre ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo; carácter, el primero, inescindible de la propia esencia jurídica del mismo orientada al servicio de los intereses públicos, y sobre cuya ejecutividad, o eficacia directa e inmediata, encuentra justificación o integración en el sistema jurídico la llamada presunción de legalidad del acto administrativo; mientras que la ejecutoriedad es concepto estructurante de dicho sistema sacionormativo y en conexión con el básico principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), a su vez conectado con el de tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión (art. 24.1); de tal manera que la ejecutoriedad del acto administrativo, si bien coincide en consecuencia sobre aquella tutela con su inimpugnabilidad ante la jurisdicción, varía en extensión conceptual en los casos de silencio administrativo negativo que simplemente abre el acceso a la vía jurisdiccional y reserva a la Administración, de hecho, sin sujeción a plazo alguno según la doctrina invocada por la Empresa apelante, la posibilidad de dictar resolución expresa de cualquier contenido; lo que, a la vez que es contrario al citado principio de seguridad jurídica, crearía la inconveniencia de que si recayera sentencia anulatoria de la desestimación presunta y, por otra parte, se aplica el principio de que la jurisdicción no puede sustituir a la Administración dictando resoluciones que a ella sólo incumben, la resolución expresa tardía del recurso administrativo, o sea, transcurrido el plazo de un año a que se refiere el artículo 58.4 de la Ley Jurisdiccional, en su conexión con el artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no podría ser más que confirmatorio de la ejecutoriedad del efecto desestimatorio del silencio (art. 125.1 de la Ley Procedimental, "... se entenderá desestimado...") producido en la vía administrativa, ejecutoriedad derivada de la decadencia del derecho del interesado a acudir a la vía jurisdiccional, conjuntamente a la inactividad de la Administración en dictar resolución expresa durante el mencionado plazo de un año.» (Sentencia de 18 de enero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 2136.)

C) Desviación de poder.

1. Se aprecia este vicio al comprobarse que el traslado de un funcionario de un puesto de trabajo a otro carece de justificación por las necesidades del servicio.

«Procede examinar, a la luz de la motivación de los actos recurridos y de las pruebas con que contamos, si el traslado del recurrente obedeció a designio de la normativa invocada como cobertura de la decisión tomada por el Jefe Superior de Policía de Barcelona o si, por el contrario, como sostiene aquél, respondió al propósito de sancionarle en forma encubierta a raíz de las tensiones surgidas en el colectivo de funcionarios de la Comisaría de San Gervasio, que cristalizaron en una entrevista mantenida por un grupo de ellos con el Comisario-Jefe en el mes de septiembre de 1983 y que el recurrente sitúa en el día 26 del mismo mes, esto es, dos días antes de que

se produjera el traslado en cuestión y el de otros dos funcionarios, ajenos a este recurso, a la Comisaría de Atarazanas.

Si hemos de atender a lo que se dice en la motivación de la resolución del Director de la Seguridad del Estado al resolver el recurso de alzada el cambio de puesto, dentro de la misma plantilla, es facultad del Jefe Superior de Policía en su demarcación, a tenor —se añade— de los artículos 60 y siguientes del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, al atribuírsele a aquél la dirección, organización y ordenación de los servicios. A esta fundamentación, un tanto lacónica porque no contiene un razonamiento concreto que permita apreciar la relación entre el traslado decretado y el ejercicio de la potestad de mando para la ordenación de los servicios, el Jefe Superior de Policía de Barcelona agrega, en escrito dirigido a la Audiencia Territorial el 31 de enero de 1984, que ha sido el análisis del "Rendimiento de Servicios", concretamente, la notoria diferencia entre el número de delitos conocidos por la Policía, los esclarecidos, el número de detenidos y las búsquas y capturas cumplimentadas en el distrito de San Andrés, y lo hecho en esa misma área de trabajo por otros distritos, entre ellos el de San Gervasio, lo que hizo aconsejable el reforzar los efectivos de vigilancia e investigación en San Andrés y otros distritos con funcionarios procedentes de San Gervasio.

Por tanto, hay que concluir que el cambio de puesto de trabajo del recurrente (y de sus compañeros trasladados a la Comisaría de Atarazanas) obedeció, en el sentir de la Administración actuante, a estrictas necesidades del servicio exigidas por una adecuada ordenación de éste, ajenas a las tensiones producidas en el colectivo de funcionarios de la Comisaría de San Gervasio, ya que, aunque se alude a ellas en el escrito dirigido a la Sala territorial por el Jefe Superior, no se valoran como causa determinante de la decisión adoptada, sino como circunstancia meramente ocasional, realizar cuanto antes —se dice— el reajuste de personal ya previsto a través del análisis de los tres primeros trimestres del año.

El resultado que arrojan los estados sobre Rendimiento de Servicios en los tres primeros trimestres de 1983 sólo permite detectar, sin necesidad de entrar en detalles, que son muy aproximados los porcentajes de delitos esclarecidos respecto a los denunciados, tanto en San Andrés como en San Gervasio, siendo incluso ligeramente superior el correspondiente a aquella Comisaría, teniendo en cuenta que ambas contaban en septiembre de 1983 con igual número de funcionarios. El número de detenciones, aunque este dato es menos significativo, es también mayor en San Andrés que en San Gervasio, sin duda por el mayor número de delitos denunciados y esclarecidos en la primera de dichas Comisarías. Sólo en el número de búsquas y capturas interesadas y realizadas se observa un desfase entre ambas Dependencias, con un éxito menor en San Andrés.

Por otro lado, la prueba documental traída al proceso revela que apenas un mes después del traslado del recurrente, concretamente el 25 de octubre de 1983, la Jefatura Superior de Policía de Barcelona destinó tres nuevos funcionarios a la Comisaría de San Gervasio; que a aquél le fue concedida el 18 del mismo mes, es decir, a los pocos días de su traslado, una licencia para asuntos propios por tiempo de tres meses, cuya concesión tiene que ir precedida de informe sobre su compatibilidad con las necesidades del servicio (art. 171 del Reglamento Orgánico); y que el 4, también de dicho mes, tres Inspectores con destino en San Gervasio solicitaron traslado a otra Dependencia policial en Barcelona, haciéndose constar en el informe del Comisario-Jefe que las expresadas peticiones estaban relacionadas con la situación existente en la referida Comisaría y con los traslados de tres funcionarios recientemente decretada por la Jefatura Superior.

Valorando todo lo anterior sólo puede llegarse a la convicción razonable de que el acto administrativo no obedeció a la necesidad de reforzar los efectivos de vigilancia e investigación en San Andrés y que, por tanto, el traslado del recurrente incurrió en desviación de poder al haberse apartado del concreto interés general propio de la ordenación de los servicios, que no es otro que la obtención del mayor grado de eficacia en la organización y

distribución de los servicios policiales, pues por plausible que pudiera ser el propósito de atajar las tensiones producidas en el colectivo de funcionarios destinados a la Comisaría de San Gervasio —que pudo conseguirse mediante el ejercicio de las potestades administrativas adecuadas— lo cierto es que tal propósito no se corresponde con la finalidad iminente y propia de una decisión como la recurrida y manifestada en el escrito del Jefe Superior de Policía de Barcelona que obra en el expediente, como, en definitiva, resalta la sentencia apelada, aunque sin extraer las debidas consecuencias jurídicas.» (*Sentencia de 24 de junio de 1986, Sala 5.ª, Ar. 3777.*)

2. Se aprecia en el cese de un funcionario interino que encierra el ejercicio de potestad sancionadora.

«Si la actuación administrativa, como queda dicho, incluso la discrecional, ha de orientarse al fin explícito o implícitamente existente en toda potestad administrativa por mor del mismo principio de legalidad bien entendido, ciertamente, el problema mayor que suscita es, según pone de relieve la doctrina del Tribunal Supremo y de las distintas Audiencias, el de la prueba de la divergencia de los fines que nunca será evidenciada por el acto, y al ser un elemento interno no podrá ser plena, bastando con la convicción de la Sala —sentencias de 10 de diciembre de 1957, 1 de diciembre de 1959, 9 de noviembre de 1964 y 11 de diciembre de 1973, entre otras—, a la vista de los hechos que en cada caso resulten probados; pues, de otra forma, como ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1982 y 4 de noviembre de 1983, dada la naturaleza intrínseca del vicio de desviación de poder, se incurriría en la indefensión del administrado que la alega y en la quiebra de su derecho fundamental a una efectiva tutela judicial consagrada por el artículo 24.1 de la Constitución.

Partiendo del indicado criterio que se traduce en la exigencia de una prueba suficiente para lograr una razonable convicción, en el presente caso, junto a la indicación de la resolución administrativa, recurrida en el sentido de que tiene en cuenta que "en la actualidad no se estima necesario para el buen funcionamiento del servicio el destino del citado funcionario interino" y de la referencia del informe del Subdirector General obrante en el expediente, en el sentido de que si el Organismo comunitario autónomo "puede prescindir de los servicios de un funcionario de empleo interino, no cabe duda de que las razones de urgencia que aconsejaron su nombramiento como tal han desaparecido", en el oficio de la Consejería de Obras Públicas y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, en que prestaba sus servicios el funcionario interino, de 28 de septiembre de 1983, que se elevó a la Dirección General de la Función Pública a efectos de la resolución, se consignan una serie de faltas por las cuales, "y dado el caso omiso por parte del señor M. a cuantas advertencias verbales se le formularon, y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos arriba expuestos... propone el cese inmediato y la separación inminente del servicio del funcionario transferido, don José M. G. del C.". Y sobre tales bases, con independencia del fin próximo del acto del órgano de la Administración del Estado, es lo cierto que el inspirador de la propuesta de la Administración autonómica parece ser el de sanción de unas eventuales conductas contrarias a los deberes y exigencias funcionariales que requiere un procedimiento disciplinario *ad hoc* con la adecuada audiencia, como también deriva del hecho de que en el propio expediente obre simplemente el acuerdo de incoación y sin continuidad de aquél con sólo el nombramiento de Instructor y Secretario.

La apreciación del improcedente apartamiento del fin en el acto contemplado no supone el desconocimiento de la existencia de necesarios poderes discrecionales, inexcusable para el funcionamiento de la Administración y, concretamente, en relación con la posibilidad de remoción de los funcionarios interinos, sino simplemente el que su ejercicio se adecúe al marco legal de

su ámbito, no permitiendo que con el fácil recurso a la misma se ignore y vulnere el derecho fundamental de defensa y audiencia previa, antes de que se pueda ser sancionado, contrariando el principio de presunción de inocencia que también reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, aplicable, como es sabido, según el Tribunal Constitucional, a todo el ámbito del ejercicio de las facultades punitivas del Estado.» (*Sentencia de 12 de mayo de 1986, Sala 5.ª, Ar. 2912.*)

III. CONTRATOS

A) Naturaleza.

El encargo de redacción de proyectos de instrumentos de planeamiento urbanístico a los facultativos competentes se rige por el artículo 31.2 de la Ley del Suelo, Ley especial de aplicación preferente a la normativa de contratos, en cuya virtud la Administración goza de discrecionalidad en la elección del facultativo.

«El artículo 109 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, reproducción de la diferenciación que el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado establece entre los contratos administrativos sometidos al régimen general y los especiales regulados por sus normas específicas, entre los cuales claramente es incluíble el que tiene por objeto encargar a los facultativos competentes la redacción de los proyectos de instrumentos de planeamiento urbanístico, cuya regla especial del artículo 31.2 de la Ley del Suelo resulta, por ello, de aplicación preferente a las normas comunes de general aplicación en cuanto otorga a los Ayuntamientos una facultad de libre elección de facultativos, que viene, sin duda, justificada en la singular complejidad técnica de los trabajos de redacción de Planes que requiere una notable especialización y experiencia, así como en la connatural urgencia de redacción y aprobación que dichos Planes conllevan como instrumentos que son de certeza y seguridad jurídicas que operan en una materia de la excepcional trascendencia pública del urbanismo, y tal facultad de libre designación, poco compatible con las trabas formales ordinarias, debe concebirse dotada del amplio margen de discrecionalidad que entraña el término "libremente", excedente del régimen general de la contratación administrativa, al cual sólo pueden imponerse aquellas limitaciones formales que garanticen el acierto en la elección y excluyan todo vestigio de arbitrariedad o desviación de poder, y en tal sentido debe estimarse suficiente garantía a los fines indicados los trámites que procedieron, en el caso de autos, a la adjudicación del encargo, consistentes en una amplia aportación de elementos informativos y de asesoramiento, la redacción de unas bases de contratación muy acabadas y completas, la petición de propuestas a tres estudios de arquitectos, el sometimiento de las presentadas al estudio de la Comisión informativa de Urbanismo, que ampliamente deliberó sobre las mismas, y el sometimiento al Ayuntamiento Pleno, que realizó en sesión extraordinaria convocada al efecto, con intervención de 25 asistentes, más el Secretario General y el Interventor de Fondos, una valoración de las condiciones técnicas y económicas de cada una de dichas propuestas con el resultado de aceptar la formulada por el arquitecto don Luis C. V., de brillante historial profesional, acreditada experiencia urbanística y Director de un equipo compuesto de economistas, arquitectos, aparejador, ingeniero, abogado, arqueólogo, sociólogo e historiador; circunstancias todas ellas que, ante la ausencia de datos en contrario, impiden apreciar en la elección realizada por el Ayuntamiento sospecha alguna de apreciación errónea o desviación del fin legal de aceptación de la mejor propuesta, siendo por ello obligado respetar el contenido material que el Ayuntamiento ha dado a su facultad de libre designación conferida por el antedicho artícu-

lo 31.2, dado que su ejercicio se ha desarrollado dentro de los límites, formales y sustantivos que son exigibles, conforme a lo anteriormente expuesto, a tenor del sentido y alcance que corresponde atribuir al referido precepto legal.» (Sentencia de 21 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1618.)

B) Pago.

La figura de la prescripción debe someterse a una interpretación restrictiva, lo cual complementaria la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa que viene haciéndose en la materia de la contratación administrativa.

«Tenemos que habérmola con el Instituto de la prescripción, de imperio universal, aunque desagrada, por el sacrificio que representa en el logro de la justicia, en beneficio de otro principio, el de seguridad jurídica, no tan valioso como aquélla desde el punto de vista ético. Razón por la que los autores han considerado que una obligación prescrita subsiste, sin embargo, como "obligación natural", lo que plantea el problema dialéctico entre el Derecho natural y el positivo. Decimos esto, aun corriendo el riesgo de que se tome como divagación teórica, para reforzar la tesis del Tribunal a quo sobre la necesidad de una interpretación restrictiva en el momento de tener que encararnos con la aplicación de la institución que nos ocupa. Interpretación restrictiva que aún se acentúa más si tenemos en cuenta que no es necesario para ello salirse del Derecho positivo y acudir al natural, puesto que una progresiva jurisprudencia viene aplicando, cada vez con mayor convicción, el principio del enriquecimiento sin causa, para impedir y remediar enriquecimiento y empobrecimientos torticeros o sin causa.» (Sentencia de 18 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1599.)

IV. DOMINIO PÚBLICO

Recuperación de oficio.

1. *El Ayuntamiento puede ejercer la acción recuperatoria de la red viaria de una urbanización, aunque la misma no haya sido formalmente entregada al Ayuntamiento por el urbanizador.*

«La sentencia apelada desestima con innegable acierto la pretensión ejercitada por la Comunidad apelante para que se le reconozca el derecho a impedir y controlar el paso público de vehículos y peatones por los viales que atraviesan su urbanización con el fin de acceder a otras colindantes o a zonas ajenas a la misma, pues la cesión obligatoria que impone el artículo 67.3a) de la Ley del Suelo de 1956 —hoy 83.3.1.ª del Texto Refundido de 1976— es circunstancia legal suficiente para legitimar el libre paso por dichos viales, aunque éstos no hayan sido cedidos por el urbanizador y aceptados por el Ayuntamiento en forma debidamente documentada en cuanto que tales actos de cesión y recepción responden a la finalidad de traspasar al Ayuntamiento la obligación de mantenimiento y conservación de los viales, sin que la falta de formalización constituya obstáculo alguno a su uso como paso público de tránsito desde y hacia lugares distintos de la propia urbanización y, aunque así no fuese y se aceptase la tesis de la apelante de la propiedad privada de los referidos viales, tampoco podría reconocerse el derecho que reclama puesto que también las calles particulares están sometidas a las facultades de policía municipal de ordenación del tráfico y, en su virtud, no es dable desconocer la potestad del Ayuntamiento para mantener a través de

ellas un libre uso público que, en el caso de autos, se revela plenamente adecuado y congruente, e incluso imprescindible, con la racional y correcta utilización de la red viaria en que se insertan, y si a todo ello se añade que el hecho acreditado en autos de que dichas calles fueron abiertas como vía pública, autoriza al Ayuntamiento para proceder a la acción recuperatoria que le conceden los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 55 de su Reglamento de Bienes, resulta de todo punto irrefutable que los acuerdos municipales recurridos son conformes a Derecho.» (Sentencia de 17 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1593.)

2. *El Ayuntamiento puede extinguir los derechos de usufructo sobre el dominio público municipal para recuperar su posesión, siendo irrelevante que el titular de tales derechos sea el Estado por subrogación de la Jefatura de FET y de las JONS.*

«En la calidad de titular del bien de dominio público, por su destino al cumplimiento del servicio público de desarrollo de los intereses deportivos de la ciudad de Lérida, le corresponde al Ayuntamiento, al amparo de los preceptos comprendidos en los artículos 107, 109 y concordantes del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, la facultad de resolver los derechos constituidos sobre la zona denominada "Campo de Deportes de Lérida" y recuperar su posesión, y por ello es plenamente válida la extinción del derecho de usufructo, ostentando originariamente por la Jefatura Provincial de FET y de las JONS, y con posterioridad por el Estado, en virtud de la subrogación en la posición jurídica correspondiente al Movimiento, que se acuerda en las resoluciones atacadas en el actual recurso jurisprudencial, como presupuesto necesario para la recuperación de la posesión, atemperadamente a la cláusula contractual de constitución del usufructo por el plazo más dilatado permitido por la Ley, coincidente con el lapso de treinta años, previsto en el artículo 515 del Código Civil, cuando el usufructo ha sido creado, como en el supuesto enjuiciado, a favor de una Corporación, término vencido con anterioridad a la fecha del primero de los acuerdos recurridos, de aquí la legalidad de éstos, habida cuenta que el artículo 480 del Cuerpo Legal precitado vincula la resolución del contrato de arrendamiento otorgado por el usufructo a la extinción del derecho de éste.» (Sentencia de 20 de marzo de 1986, Sala 4.ª, Ar. 2314.)

V. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Impugnación de acuerdos. Por concejales que votaron en contra. No procede interponer el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo.

«En este recurso por la Abogacía del Estado se ha reiterado la pretensión aducida en primera instancia de que se declarara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el señor Alcalde del Ayuntamiento de Albolote, en nombre propio y en el del grupo de Concejales del Partido Comunista, contra el acuerdo municipal, adoptado por mayoría de dos tercios de los miembros de la Corporación, de 22-X-82, por el que se cedió gratuitamente el uso de un inmueble de propios por un plazo de doce años, prorrogables por períodos de tres años, tácitamente, a partir de su vencimiento, siempre que no fuera denunciado por el Ayuntamiento con al menos un año de anticipación; inadmisibilidad fundada en no haberse formulado el recurso de reposición según lo dispuesto en el artículo 82.e) de la Ley Jurisdiccional, a cuyo efecto procede tener en cuenta que por el Tribunal de instancia no se requirió a la representación de los recurrentes, a tenor del artículo 129 de

dicha Ley, para que subsanara esa omisión al estimarse preceptivo dicho recurso en el proceso instado, al amparo del artículo 9 de la Ley de 28-X-81, por los miembros de la Corporación Municipal que votaron en contra del acuerdo impugnado en esta litis; habiéndose articulado la reposición con posterioridad a los escritos de contestación a la demanda de la Abogacía del Estado y de la Entidad cesionaria de la finca conocida por el nombre de "La Cartuja del Chaparral", en los que se denunció la falta de ese recurso, que, *dada la naturaleza de la impugnación, no es necesario que se notifique a los que quieran recurrir, ya que, como integrantes de la Corporación, tienen conocimiento directo y personal del acuerdo adoptado, y del que han disedido en la Sesión del Pleno o de la Comisión en que se hubiera votado, o, en su caso, y de no haber participado en ella, y de no mediar una circunstancia por la que se acredite haber ignorado, supuesto que no es el contemplado en esta litis, en el que los demandantes votaron en el Pleno Municipal en contra de la cesión meritada, el que tienen por su cualidad de miembros del Consistorio; lo que no es óbice a que los recurrentes conozcan los recursos oponibles para poder serles exigidos el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad establecidos con carácter general por la Ley Jurisdiccional; debiéndose afirmar que, por el meritado artículo 9 de la Ley de 28-X-81, no se exige la interposición del recurso de reposición como trámite previo a la del recurso contencioso-administrativo, y si bien la tramitación de este proceso debe acomodarse a la normativa aplicable a los recursos ordinarios, dada su naturaleza, y el hecho de que no es admisible que los recurrentes en reposición se integren en el órgano decisorio del recurso, del que forman parte por no poder ser recurrentes en reposición e integrarse en aquél, y en caso de excluirlos del Pleno o Comisión que debiera resolver la reposición, podría ésta ser votada por una parte de los miembros no recurrentes positivamente, con el posible contrasentido de que esos votos sumados a los disidentes del acuerdo impugnado fueran más que los determinantes de su aprobación, procede concluir debe rechazarse la inadmisibilidad del recurso por no ser exigible el recurso de reposición en los procesos instados de conformidad con el artículo 9 de la Ley de 28-X-81: doctrina acorde con la legitimación para recurrir de los miembros de las Corporaciones Locales que no hubieren votado el acuerdo impugnado, por cuanto ésta implica la posibilidad de un control jurisdiccional de la legalidad que ha venido a suplir la potestad conferida por la Ley de Régimen Local, artículo 362.4.º, de suspender los acuerdos de las Corporaciones Locales a sus Presidentes, en el supuesto previsto en ese precepto, con remisión del acuerdo de suspensión al Tribunal competente al objeto de que por éste se resuelva, acerca de su procedencia y la legalidad o nulidad del acuerdo suspendido en el proceso especial del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, que por su tramitación excluye la posibilidad de que se interponga el recurso de reposición como requisito de procedibilidad del contencioso-administrativo; control jurisdiccional planteado por miembros de la Entidad local, que no comporta el que por ésta se vuelva a deliberar y votar un acuerdo ya adoptado por mayoría de sus miembros.» (Sentencia de 20 de mayo de 1986, Sala 4.º, Ar. 3260.)*

VI. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Régimen jurídico. Publicidad de sus actos. Prevalencia de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía.

«Cuando el artículo 37, párrafo 4.º, del Estatuto de Cataluña establece el sistema de publicidad de los actos de la Generalidad, vinculando a ella su vigencia o eficacia, debe obligadamente entenderse que tal norma ha dejado sin efecto para Cataluña, y en cuanto a los actos emanados de la Generalidad, los preceptos sobre publicidad de la Ley de Procedimiento Administrativo y las que de ellos, como es el caso citado del inciso final del artículo 163 del

Reglamento de Planeamiento, traen consecuencia a través del artículo 51 de la Ley de Régimen del Suelo, sin que sea objetable el carácter específico de esta última legislación, por cuanto esa especificidad no debe extenderse respecto de ella más lejos de lo que le es peculiar o característico, y ello, sin duda, no se da en la materia de publicidad de los actos que, en bastantes aspectos, resulta de una mayor exigencia la legalidad reglamentaria respecto de la general del Estado, a la que servía de complemento, para el caso concreto examinado, el precepto reglamentario indicado; y, a este respecto, preciso es tener en cuenta la tesis de la validez total de la publicación de normas y actos recogida por la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1984, al acoger la tesis de instancia que declara la validez y suficiencia a todos los efectos de las disposiciones de la Generalidad por su publicación en el "Diario Oficial" de ésta, siendo de hacer notar que si ello era predicable del caso en tales sentencias examinado, referente a una situación preautonómica, mucho más lo es ello en el momento y caso actuales, por producirse en un concierto total y coherente de las normas constitucionales y estatutarias a las que específicamente se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 al señalar las relaciones Constitución-Estatutos, y, si bien es cierto señala la posición jerárquicamente subordinada de éstos a aquélla, sí les señala una posición de inmediatez, de tal manera trascendente, que no tolera su desconocimiento por normas de cualquier otra índole, sean anteriores o posteriores a ellos.» (Sentencia de 11 de abril de 1986, Sala 4.ª, Ar. 2637.)

VII. COLEGIOS PROFESIONALES

Reserva de ley. El artículo 36 de la Constitución supone una reserva legal relativa, que no se opone a regular por Reglamento los Estatutos de las diversas profesiones.

«El tema referente a la nulidad radical del Real Decreto 2090/82 por desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 36 de la Constitución, al remitir la regulación de tales materias al ámbito de la ley formal, la Sala hace suyas las conclusiones establecidas en el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 22 de junio de 1982. En efecto, *tal precepto eleva a norma de rango constitucional, tanto el criterio de regulación legal de las profesiones tituladas* —por lo que se refiere a la Abogacía, los arts. 859, 860, 863, 874 y concordantes de la Ley Orgánica de 1870, ratificado en los artículos 439 y siguientes de la Ley Orgánica 6/85— *como el principio de régimen corporativo o colegial* —arts. 2, 6 y 7 y concordantes de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, modificada por la Ley 74/78, de 26 de diciembre—, *de manera que si en la norma superior o constitucional se contiene la previsión básica sobre lo que sea la especificidad peculiar de las actividades profesionales se traslada, sin embargo, al ámbito de la legislación ordinaria la regulación de los Colegios Profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones titulares (elementos básicos), sin que quede excluida la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado (vía Reglamento) de las leyes formales que han de contener inexcusablemente las líneas básicas de regulación de las profesiones, así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales. Así, el Estatuto general contenido en el Real Decreto impugnado viene a sustituir los anteriores de 1946 y 1947 y se ampara en lo preceptuado en la Ley de Colegios Profesionales, artículo 6, y también en lo dispuesto en el artículo 863 de la Ley Orgánica de 1870 (corroborado en los arts. 439 y 442, núm. 2, de la Ley Orgánica 6/85), que, como se ve, prevén la posibilidad de la regulación estatutaria por vía reglamentaria (art. 97 de la Constitución), si bien respetando los criterios o principios que se deducen de la jerarquía normativa, y de los principios constitucionales y de Derecho Comunitario, además de los principios*

generales del Derecho, que sin duda enmarcan la potestad normativa de la Administración, y en este sentido pueden aducirse las sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1984, 24 de julio de 1984, etc., donde se manifiesta explícitamente que tal principio —art. 36 de la CE— no excluye la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias que han de moverse dentro del ámbito que les es propio, pero sin que quepa una descalificación global como aquí se hace, dado que, *si bien es cierto que los principios generales que informan el ordenamiento* (jerarquía normativa, legalidad, etc.) *son límites exigibles en el ámbito de la potestad reglamentaria, amén de las exigencias de la legalidad positiva* (arts. 23, 26, 28 y concordantes Ley de Régimen Jurídico, en relación con el art. 106 de la Constitución, etc.), *que ya son una constante histórica en nuestro sistema, no pueden, sin embargo, llevarnos a imponer unas consecuencias como las pretendidas en que amparándose en razones generales, unido a una interpretación no correcta del artículo 36 del texto constitucional, se desconozca el verdadero sentido de la norma fundamental*, tal como incluso ha sido entendido por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas, entre otras, y lo también establecido —para aspectos parecidos, pero básicos— por la Ley Orgánica 6/85, en los artículos 439 y 442, número 2; así como también aparece como no dudosa la constitucionalidad del artículo 6 y concordantes de la Ley de Colegios Profesionales, sin perjuicio de la necesidad sentida de una nueva regulación actualizada y plenamente acorde con los principios constitucionales.» (Sentencia de 1 de abril de 1986, Sala 4ª, Ar. 2626.)

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

A) *Expropiación especial. Caudal de agua privada. Aplicación de la Ley de Aguas.*

«Para una mejor resolución de la controversia suscitada y sometida a decisión jurisdiccional es preciso adelantar, y tener en todo momento presente, que el objeto del acuerdo municipal impugnado se refiere, de forma exclusiva, a la expropiación de un determinado caudal de agua del denominado "Pozo Boronat", situado en la finca conocida por "Lo Más", en la Partida de San Pedro de Sacelades, del término municipal de Tarragona, por un plazo de dos años. Es decir, que nos encontramos en presencia de una expropiación de aguas exclusivamente, y en tal supuesto, por disposición del artículo 2.º del Decreto de 23 de diciembre de 1955, son de aplicación los artículos 167 y 168 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, ya que aquel Decreto declaró vigentes las normas sobre expropiación forzosa contenidas en dicha Ley especial y específica, por lo que la normativa a aplicar será la singular con preferencia a las disposiciones de la Ley de Expropiación Forzosa, aunque ésta opere como legislación de carácter general del instituto jurídico expropiatorio. Con esta perspectiva, conviene enseguida distinguir los presupuestos legales que la Ley de Aguas contempla para la expropiación en materia de aguas. Así, el artículo 167, de aplicación a expropiaciones acuíferas con carácter definitivo, señala la imposibilidad de decretar la enajenación forzosa de aguas de propiedad particular para el abastecimiento de una población, sino cuando por el Ministerio de Fomento (hoy de Obras Públicas y Urbanismo) se haya declarado, en vista de los estudios practicados al efecto, que no hay aguas públicas que puedan ser racionalmente aplicadas al mismo objeto. La literalidad del precepto exige como presupuesto previo a la expropiación de aguas particulares para el abastecimiento de una población, la expresa declaración del Ministro de la inexistencia de aguas públicas, aplicables al mismo fin, por lo que es visto que sin esta previa declaración no se está habilitado legalmente para deducir el acto expropiatorio, y aplicado lo expuesto al acto impugnado, es visto, según consta en el expediente, que el Ayuntamiento de Tarragona tomó el acuerdo objeto de recurso sin haber obtenido

del Ministro correspondiente el acto declarativo expresado, por lo que hay que estimar, ya de entrada, un incumplimiento formal, que afecta a la eficacia jurídica del acto, y sin que la ausencia de tal acto declarativo pueda suplirse, posteriormente de haberse adoptado el acuerdo, mediante la petición que se formula al Comisario de Aguas del Pirineo Oriental, con fecha 7 de septiembre de 1983 (folio 74 del expediente), sobre la declaración de inexistencia de aguas públicas para el fin indicado, y ello por dos razones: a) el acto declarativo de tal situación debe ser anterior al acuerdo expropiatorio, ya que el mismo es el presupuesto habilitante para la privación del bien; al particular, el artículo 167 citado establece: "no se decretará la enajenación... sino cuando se haya declarado por el Ministerio...", expresión que incuestionablemente, al emplearse el participio pasado "se haya declarado", supone la previa declaración al acto expropiatorio; y b) la autoridad a emitir tal declaración no puede ser otra que el Ministro correspondiente y no el Jefe de un determinado servicio, como literalmente requiere el precepto citado.

Más el artículo 168 de la Ley de Aguas de 1879 establece una excepción a la regla general, anteriormente comentada, al señalar que, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el Gobernador de la provincia podrá, en épocas de extraordinaria sequía y oída la Comisión provincial, acordar la expropiación temporal del agua necesaria para el abastecimiento de una población mediante la indemnización correspondiente en favor del particular, presupuestos de excepcionalidad que son los que concurren en el presente proceso, en el que, además, hay constancia que en años y momentos anteriores al acto recurrido de 9 de junio de 1983, el Ayuntamiento de Tarragona, en circunstancias semejantes, solicitó y obtuvo del señor Gobernador la expropiación temporal de las aguas del "Pozo Boronat" para el abastecimiento de la citada ciudad, y sin que exista justificación alguna que condicione este cambio radical de procedimiento que supone, por parte del Ayuntamiento, el arrogarse una capacidad de legitimación expropiatoria de la que carece, pues si se trata de una expropiación temporal, como aquí acontece, la autoridad con capacidad para declarar la expropiación del agua debe ser en todo caso el Gobernador Civil y no el Ayuntamiento, por aplicación del precepto anteriormente citado y sin que ello obste lo prevenido en el artículo 147 de la Ley de Régimen Local, pues por cuanto, aun con una interpretación extensiva del marco normativo de dicho precepto, habría que concluir excluyendo del mismo a la expropiación de aguas exclusivamente, dado que el citado precepto tiene como contenido objetivo los planes y proyectos de ensanche, reforma interior, extensión y saneamiento, así como toda clase de obras y servicios municipales, sin que pueda entenderse comprendido en la descripción acabada de enunciar la expropiación de aguas por mucha laxitud que pudiera darse a la expresión "toda clase de obras y servicios municipales", pues es claro que la referencia conceptual, por su enlace con la parte final del precepto, que concreta la necesidad de ocupación a los "terrenos y edificaciones" que en aquéllos se determinen (los planes y proyectos; obras y servicios), no permite entender comprendido en éstos un determinado caudal de agua de un pozo, único objeto expropiable, pues el bien expropiado es únicamente el elemento hídrico del conjunto "pozo" que queda excluido de la expropiación, por lo que cabe declarar, como acertadamente realiza la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Barcelona, en la sentencia apelada, la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de Tarragona de fecha 9 de junio de 1983, que decreta la expropiación de 9.000 metros cúbicos/día máximo del "Pozo Boronat" por falta de competencia para iniciar la expropiación, rechazándose por cuanto queda expuesto las alegaciones que para combatir la sentencia apelada se realizan en el recurso por el Ayuntamiento expropiante, que, en conjunto y desde diferentes perspectivas, tienden a desvirtuar lo que hasta aquí se deja consignado, debiendo de significarse, como colofón, que el acuerdo impugnado, examinado en su conjunto, no puede ser considerado en ningún caso como un acto de trámite no susceptible de recurso, pues su contenido constituye el acto declarativo de la necesidad de ocupación,

utilidad pública y expropiación de caudal de agua que expresa, lo que sobreda los límites de la mera tramitación, pues si ello fuera así habría que considerar a la memoria valorativa, que le sirve de motivación o antecedente, elaborada por los servicios técnicos municipales, como el acto inicial del expediente, lo que carece de consistencia por muchas razones de ocioso comentario, por lo que procede la desestimación del recurso.» (*Sentencia de 21 de mayo de 1986, Sala 5.ª, Ar. 2991.*)

B) Expropiación urbanística. Criterios para determinar si se trata o no de una expropiación de esta naturaleza.

«El problema, objeto de decisión por esta Sala, radica en determinar si, como lo ha entendido la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Territorial de La Coruña, las obras denominadas "Carretera de Acceso y Defensa del Jardín Artístico" no constituyen obras urbanísticas, en cuyo caso no nos encontramos ante un supuesto de expropiación de esa naturaleza o, como se estima por la parte recurrente, dichas obras tienen tal condición, pues de una u otra calificación habrá de seguirse la conclusión del derecho de los actores a la retasación solicitada o, por el contrario, a la vigencia del justiprecio señalado por el Jurado de Expropiación de La Coruña en fecha de 5 de febrero de 1976.

Centrado así el tema, parece necesario establecer cuál es la *ratio legis* de la normativa urbanística vigente en el momento de producirse la expropiación, cuya ocupación de la finca expropiada se produjo el día 22 de septiembre de 1973, ya que por tratarse de un bien expropiado por el procedimiento de urgencia, la fecha a la que habrán de referirse en todo caso las valoraciones, por imperativo de lo determinado en el artículo 52.7, en relación con el 36, ambos de la Ley Expropiatoria, será la de tal momento, y la normativa vigente en aquella fecha no era otra que la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, estableciéndose en la Exposición de Motivos de la misma la finalidad, alcance y contenido normativo que la regulación legal pretendía, entendiéndose como tales: *a)* la integración de un conjunto orgánico de la serie de disposiciones que sobre materia urbanística estaban promulgadas de forma dispersa; *b)* la utilización conforme a la función social que debe de cumplir la propiedad mediante el establecimiento del régimen jurídico del suelo adecuado a tal fin, sin merma del reconocimiento y amparo del derecho de propiedad, *c)* el planteamiento como elemento ordinal urbano mediante la formulación de los correspondientes planes de urbanismo de ámbito nacional, provincial, comarcal o municipal con regulación de los mismos y sus formas de gestión y actuación, y *d)* todo ello encaminado, como finalidad última y primordial, a facilitar la promoción y construcción de edificaciones a precio justo mediante la disponibilidad de solares como resultado esperado de la ordenación del suelo.

Evidente resulta de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo que la obra denominada "Carretera de Acceso y Defensa del Jardín Artístico" de Padrón, que motivó la expropiación de la parcela número 2, denominada "FRADES", propiedad de los demandantes-apelados, no se incardina en las líneas o finalidad perseguida por el legislador de la Ley de 12 de mayo de 1956, del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ya que no obedece la misma a las razones que la Ley citada contempla.» (*Sentencia de 27 de mayo de 1986, Sala 5.ª, Ar. 3006.*)

C) *Justiprecio.*

Para la determinación del justiprecio de un solar situado en travesía urbana de carretera debe acudirse a las prescripciones del Plan General de Ordenación, con preferencia al régimen general aplicable a las zonas de servidumbre y afección de carreteras.

«La temática decisoria que suscita la presente apelación, interpuesta por el señor Abogado del Estado contra sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Granada, se contrae exclusivamente a la verificación del justo precio definido jurisdiccionalmente para el terreno expropiado computando su valor comercial en ponderación del aprovechamiento urbanístico, cuya fijación es reputada, desajustada al ordenamiento y al concepto legal y jurisprudencial del justiprecio, al tratarse de una parcela colindante a carretera, que por estar sujeta a las limitaciones de carácter general legalmente establecida impide su tasación como urbana, en razón de ser nulo o escaso su valor de mercado.

Las motivaciones jurídicas contenidas en la sentencia apelada son compar-tidas, en su integridad, por esta Sala, pues tras relatar, en el primer consi-derando, los antecedentes fácticos trascendentes, señala en el segundo la cir-cunstancia de estar ubicado el terreno expropiado entre la arista exterior de la calzada y la línea de edificación, rechaza con acierto, en el terreno, el criterio del Jurado, que había determinado el justo precio reputando la par-cela zona verde o de reserva vial en aplicación del artículo 83 del Reglamento de Carreteras, para entender que, por tratarse de travesía urbana, había de acudirse a las prescripciones del Plan de Ordenación Urbana, con preferencia al régimen general aplicable a las zonas de servidumbre y afección de carre-teras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de 19 de diciembre de 1974, concluyendo que procedía efectuar la tasación con arreglo a los cri-terios urbanísticos de la Ley de 1956, habida cuenta que el Plan General da-taba de 1973, y justipreciar, en fin, con arreglo al valor comercial, sobre la base del informe pericial evacuado en los autos con todas las garantías pro-cesales, aunque reduciendo adecuadamente la cantidad señalada, en el que se determinaba el aprovechamiento urbanístico del terreno y se ponderaba su calificación como zona abierta intensiva, el inmejorable aprovechamiento y orientación y el hecho de estar dotado de todos los servicios.

A la fundamentación jurídica de la Sala de instancia, que ha quedado re-sumida en el párrafo anterior, sólo hemos de agregar que si bien es cierto que en el artículo 37 de la Ley de Carreteras se dispone que a ambos lados de las mismas se establece la línea de edificación, quedando prohibidas las obras de construcción de edificios, y que el artículo 83 del Reglamento reputa como zona verde o de reserva vial el suelo comprendido entre la carretera y la línea de edificación, no pudiendo en modo alguno ser construido, no lo es menos que las travesías o tramos de carretera que discurren por zonas ur-banas están sujetas —art. 47 de la Ley— a las disposiciones del título IV, en el que aquel precepto está comprendido, y que en las zonas de servidumbre y afección —art. 52— podrán autorizarse edificaciones a distancias inferiores a las establecidas en general cuando lo dispongan los Planes de Ordenación Urbana, aunque fuera de los casos previstos serán de aplicación las prohibi-ciones y limitaciones establecidas en el título III, posibilidad de autorización, no contradicha tan siquiera, que determina la corrección de la valoración efectuada en la sentencia recurrida y la errónea tasación verificada por el Jurado.» (*Sentencia de 8 de abril de 1986, Sala 5.ª, Ar. 1873.*)

IX. SANCIONES

Sanción disciplinaria. Compatibilidad de la sanción penal y la administrativa.

«Se mantiene en la demanda que una vez tipificadas penalmente ciertas conductas no pueden ser calificadas al mismo tiempo como infracciones administrativas; esto es, que resulta inadmisibile que una misma conducta reciba dos reproches: el uno penal y el otro disciplinario, por lo que, aunque sin detallar en qué parcela esto ocurre, se pide la nulidad del Decreto por estimarse se infringe el Ordenamiento punitivo del Estado; mas no hay más que considerar que en el sistema disciplinario también hay una importante parcela en la que interviene el interés general para comprender que el mismo en lo que tiene de control de funcionario en su objetividad, su imparcialidad, transparencia y ausencia de lucro, permite como medida excepcional tipificar hechos paralelamente coincidentes con figuras penales, lo que ciertamente puede y suele plantear cuestiones de preferencias de jurisdicciones, que reciben una y otra solución, pero que no por ello implica una vulneración del sistema punitivo estatal, invadiendo terreno reservado a él, ni existe precepto que imponga tal prohibición, sino al contrario, como último ejemplo demostrativo de la escasa consistencia de la argumentación del recurrente, el artículo 4.º del Decreto 33/86, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, declara expresamente que el régimen disciplinario que se establece se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determine la Ley, técnica que, por lo demás, goza de gran tradición en nuestra legislación y está consagrada por la Jurisprudencia.» (*Sentencia de 20 de junio de 1986, Sala 5.ª, Ar. 3275.*)

X. SERVICIO PÚBLICO

A) *Televisión Española. La supresión de un espacio de la programación es acto de mera gestión mercantil sometido a la jurisdicción ordinaria.*

«El acto recurrido, supresión de uno de los programas de Televisión, se le califica por los recurrentes de acto administrativo por simple vía de hecho emanado del Ente Público Televisión Española a través de su Director General, en este aspecto preciso inciden dos cuestiones: la competencia del órgano para producir la decisión recurrida y la decisiva de la competencia de esta jurisdicción en cuanto al estar encomendada la actividad o gestión mercantil del Ente a Sociedades estatales conforme al Estatuto de Radio y Televisión (art. 17), y regidas por el Derecho Privado, sin más excepciones que las recogidas en el presente Estatuto (art. 19), todo lo que concierne a la producción, implantación, variación, sustitución o suspensión de programas es materia que, en principio, se inscribe en el área de funcionalidad de los órganos que tengan atribuidas facultades directivas o de administración conforme a las normas societarias correspondientes. Sólo excepcionalmente, pues, cederá la regulación de la actividad que ejerce el Ente en favor del derecho público, y su sometimiento a esta jurisdicción, cuando la supremacía del interés del Estado así lo exija (art. 20), y, desde luego, se pruebe por el que reclame la competencia del órgano de esta jurisdicción. La supresión o sustitución de un espacio concreto de la programación diaria de Televisión está dentro de las competencias del órgano directivo, siempre que no infrinja los principios básicos aprobados por el Consejo de Administración [art. 11.g)], y ha de

calificarse como acto de mera gestión mercantil sometido a la jurisdicción ordinaria, lo que no empece para que actuaciones de esta naturaleza puedan limitar o infringir normas constitucionales respecto a los derechos fundamentales de la persona, merecedores de corrección a través del Procedimiento Jurisdiccional que para su protección establece la Ley 62/78, de 26 de diciembre, pero utilizando el cauce civil que en la misma se establece.» (*Auto de 3 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3559.*)

B) *Taxis.*

El Reglamento municipal del servicio de taxis puede implantar válidamente un día de descanso semanal obligatorio, sin que ello afecte a los derechos fundamentales de los interesados ni a la libertad de empresa reconocida en la Constitución.

«La implantación de un día a la semana de descanso en la actividad de los autotaxis, que es, en síntesis, el tema que se debate en el presente recurso, ni es un derecho que esté comprendido entre los Fundamentos de la persona objeto de la especial protección de la Ley 62/78, ni es correcta la exégesis de incluirlo dentro de los preceptos (arts. 14 al 29 de la Constitución española) para someterlo al amparo de la expresada Ley 62/78 en solicitud de obtener la tutela efectiva de los Tribunales, en cuanto los apelantes interesan que se suspenda y anule el cumplimiento previsto en el artículo 48 del Reglamento municipal de autotaxis, aprobado en noviembre de 1983, fijando en el acuerdo del Pleno municipal de 30 de septiembre de 1985 la entrada en vigor del turno rotativo de descanso semanal para el día 14 de octubre de 1985, no sólo por la poderosa razón legal de que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus propios límites en el derecho de los demás (art. 10 de la Constitución española) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, como es, para las Asociaciones, el respetar, en todo caso, en el ejercicio de sus actividades la Constitución y la Ley (art. 7.º de la Constitución española), así como, a su vez, la expresa obligación que el artículo 51 de la Constitución impone a los poderes públicos de proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los usuarios, siendo in cuestionable que la implantación de un día de descanso semanal en la industria del taxi protege y amplía en cierta medida la seguridad ciudadana de los usuarios y de los propios industriales taxistas, al poner en ejecución el mencionado artículo 48 del Reglamento del servicio aprobado, cuya ejecución sintoniza reiterando lo ya dispuesto en el Reglamento Nacional de Autotaxis de 16 de marzo de 1979; reglamentación que, por otra parte, entra dentro de las facultades normativas de las Corporaciones Locales.

En otro aspecto es de señalar la ambigüedad e imprecisión del artículo 38 del texto constitucional: "libertad de Empresa en el marco de la economía de mercado" no es un concepto sinónimo a "economía de libre Empresa", pero sí que impone ciertas limitaciones a ésta; se refiere a un sistema económico a implantar, dentro del cual la libertad empresarial es un factor importante, pero no el único, de suerte que lo cierto y manifiesto es que la libertad de empresa aparece matizada por limitaciones o exigencias de la economía general, y en este sentido no puede estimarse que la cuestión que aquí es objeto de debate, el día de descanso semanal, no puede entenderse que implique ese acto que afecte al principio de libertad de empresa, consagrado en el artículo 38 de la Constitución, por referirse el mismo a normativas más trascendentes para la vida de la comunidad, que requiere normas especiales de defensa, cuyas disposiciones requieran ser reguladas por normas a escala jerárquica de Ley formal, pero no cuando entran dentro de las facultades propias de la policía administrativa, dada su minúscula dimensión económica, como sucede con la intervención de la Administración local y la estatal al

condicionarse su ejercicio con la norma de obligatorio cumplimiento de un día de descanso semanal, en el Reglamento Nacional de Autotaxis de 16 de marzo de 1979 y el municipal objeto de examen.» (*Sentencia de 23 de abril de 1986, Sala 3.ª, Ar. 1764.*)

XI. UNIVERSIDADES

Limite al derecho de acceso a centros universitarios. Es admisible el límite derivado de la capacidad de los centros educativos y la programación educativa, siempre que los criterios sean objetivos y no discriminatorios.

«Uno de esos límites del derecho reconocido a todos los españoles para el acceso a los diversos centros universitarios es el condicionado físicamente por la capacidad de aquéllos, que obliga a las Universidades a determinar, con arreglo a módulos objetivos, criterios de valoración para el ingreso en las distintas Facultades, y, por otra parte, a desarrollar en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria una política de inversiones tendente a adecuar dicha capacidad a la demanda social y demanda de población escolar; en el caso de autos, el criterio de selección seguido por las autoridades académicas de la Universidad Complutense para regular el acceso a la Facultad de Bellas Artes resulta objetivo y no discriminatorio, pues se basa en la media obtenida en los estudios previos por los aspirantes a ingreso en la Facultad, siguiendo un orden riguroso de puntuaciones, condicionando el número de los admitidos a la capacidad real o física de los Centros; procediendo, por todo lo expuesto, confirmar en todas sus partes la sentencia apelada, por lo que se refiere a la apelante doña Susana C. A., con expresa condena de las costas de esta segunda instancia por ser preceptiva.» (*Sentencia de 9 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3368.*)

XII. URBANISMO

A) Planeamiento.

Competencias de las Entidades Locales Menores. En aplicación del principio de autonomía local, la sentencia reconoce a las Entidades Locales Menores unas amplias competencias en el planeamiento que afecta únicamente a su ámbito territorial.

«La Ley del Suelo, aunque aborda los temas de competencia municipal, no plantea ni trata de resolver problemas de competencias entre los distintos organismos, cuando todos ellos son municipales, debiéndose atribuir a cada uno de ellos en función de los intereses predominantes y en que, declarado por el Tribunal Constitucional el carácter diferenciado de los Entes Locales respecto del Municipio a que pertenecen por sentencia de 2 de febrero de 1981, debe interpretarse sobre esta base el artículo 107 de la Ley de Régimen Local, en relación con el principio constitucional de autonomía.

Indudablemente, esta última alegación resulta la más trascendente y, aunque es cierto que la sentencia del Tribunal Constitucional citada concede a las Entidades Locales Menores una especial relevancia, al afirmar que su creación, modificación o disolución no afecta sólo y exclusivamente a la Entidad Municipal en que se constituyen y que su existencia implica necesariamente algún modo de distribución sobre el territorio, de ello no puede colegirse que la relación de competencias que establece el artículo 107 de la

Ley de Régimen Local deba estimarse extendida de tal modo que asuma todas las que corresponden al Ayuntamiento, máxime cuando las disposiciones específicas, como sucede con los artículos 31 de la Ley de Régimen del Suelo y el 123 del Reglamento de Planeamiento reserva a las citadas Corporaciones de modo concreto la redacción y tramitación de los planes generales; pero excluidos éstos, todos los demás, concretamente los parciales y especiales, así como los Estudios de detalle y los proyectos de urbanización, pueden ser promovidos, redactados y tramitados por las Entidades Locales Menores, siempre y cuando los efectos de ellos no traspasen los límites territoriales a la que extienden su competencia o afecten a las líneas generales obligatorias dimanantes del Plan General, lo que significa que tales Entidades Locales Menores tienen competencia para las aprobaciones inicial y provisional, correspondiendo a la definitiva el control de la observancia de los límites señalados, a realizar, bien de oficio o como consecuencia de las protestas que en la información pública correspondiente puedan realizarse; y a esta hermenéutica no son obstáculo las sentencias de esta Sala citadas de 20 de octubre de 1977 y la de junio de 1979, por cuanto ellas realizan una interpretación de los preceptos con arreglo a la legalidad anterior al texto constitucional y a la hermenéutica derivada de la sentencia citada de 2 de febrero de 1981, determinante de un giro copernicano en la interpretación dicha, siquiera deba destacarse que la primera de las citadas sentencias, relacionada con el otorgamiento de licencias de obras en la Entidad Local Menor recurrente, se halla más cercana a la actual hermenéutica que la segunda, pues, aunque es cierto que al final del considerando primero se hace relación a la falta de retención de la competencia por el Ayuntamiento de San Cugat del Vallés y a la distribución de los ingresos fiscales derivados del ejercicio de tal competencia, no debe olvidarse que con anterioridad se señalaba como competencia de la Junta vecinal cuantas atribuciones se asignan en la Ley al Ayuntamiento con respecto a la Administración municipal [apdo. c) del art. 125 de la Ley de Régimen Local], siempre que las mismas pudieran circunscribirse al territorio de la Entidad Local Menor.» (Sentencia de 27 de enero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 2139.)

B) Suelo no urbanizable.

Una instalación deportiva constituye una actividad de interés público y social a los efectos de justificar el otorgamiento de licencia en suelo no urbanizable.

«Probado que la construcción del edificio, Sede Social del Club de Tiro Olímpico de L., S. A., se halla en terreno no urbanizable, y en pleno medio rural, y que su destino y finalidad es accesoria de las instalaciones deportivas en el mismo construidas, y autorizadas en lo que se refiere a la incidencia de las condiciones de seguridad que demanda esa especialidad deportiva por la Dirección General de la Guardia Civil; y estando acorde con el propósito de los socios fundadores de la Asociación Deportiva la regulación federativa y asociativa de esa actividad del deporte del tiro hecha con posterioridad a la petición de la autorización a la Comisión Provincial de Urbanismo de León, procede convenir que el objeto principal de aquélla era de instalar y poner en funcionamiento unas instalaciones propias de una actividad deportiva que no puede emplazarse en otro medio que no sea el rural, por prohibirse su localización en zona urbana (Decreto de 24-7-81), incidiendo, pues, uno de los requisitos establecidos en el artículo 85.2, en relación con el 86.1, para construir en suelo no urbanizable; no habiéndose por la Administración aducido la posibilidad de que pueda formarse un núcleo de población, que impediría dar la autorización solicitada.

Por lo que se refiere a la utilidad pública de las instalaciones deportivas, que según la Administración y la sentencia apelada no concurre en el supuesto

contemplado en este proceso, procede afirmar que el Tiro Olímpico, por su condición de actividad deportiva, favorece la formación y el desarrollo integral de la persona, artículo 1.º de la Ley 31-3-80, de Educación Física y Deportes; disponiendo su artículo 2.º que la educación física forma parte del sistema educativo, impulsa la práctica deportiva e inspira el deporte para todos, quedando evidenciado que *la actividad deportiva reconocida por nuestro sistema legal como lícito y reglamentado, e incardinado en una Federación, presenta una faceta de interés público y social reconocido por la Ley; estableciéndose en el artículo 3.º de dicha Ley que los poderes públicos fomentarán la educación física y el deporte, facilitando los medios para una adecuada utilización del ocio, y considerando que la cultura física y el deporte se originan y desarrollan en la sociedad, reconoce sus genuinas estructuras, atendiendo preferentemente al deporte para todos dentro del marco de una política deportiva general; de lo que se infiere que, aunque no exista un precepto específico que a efectos de la Ley del Suelo y para construir instalaciones deportivas en el medio rural, único posible en razón de la práctica en concreto del deporte del Tiro Olímpico y en suelo no urbanizable, declare ese deporte de utilidad pública de interés social, la propia Ley de Educación Física, al asumir para el Estado la función de fomentar la educación física y el deporte, implícitamente declara que concurren éstos en la práctica de un deporte, que confiere a sus practicantes una actividad recreativa y de formación física y de adiestramiento, que la propia Ley de Régimen Local prevé como de competencia municipal [art. 101.2.f)], por estar incluido el deporte en la educación física a que se refiere ese precepto; sin que sea obstáculo a lo dicho el que la Asociación Deportiva constituida no admita, sin ningún condicionamiento, a cualquier persona que quiera practicar el deporte del tiro al exigir la presentación por dos socios su solicitud de ingreso y el acuerdo de la Directiva admitiéndoles, pues, aparte de que esa norma no es discriminatoria, ni excluye a nadie el que pueda formar parte del Club, hay que precisar el carácter privado de las Asociaciones Deportivas (Decreto de 18-6-1982), sin perjuicio de su reglamentación e intervención por la Administración en su constitución y actividades reveladoras del interés público que les reconoce el legislador; con la conclusión de que la nulidad pública e interés social se da en una actividad reconocida expresamente como tal, actuando en favor de un número indeterminado de ciudadanos, o limitado por razón ajena a cualquier criterio discriminatorio; para el caso concreto, objeto de este proceso, la práctica del deporte del Tiro Olímpico favorece la formación física, adiestra deportivamente y permite una actividad recreativa a los socios de una Entidad federada del deporte español, y, por ende, debe calificarse de utilidad pública e interés social conforme con los preceptos relacionados de la Ley de Educación Física y Deportes, y la aceptación social predominante del deporte como una actividad con incidencia en la formación de la persona; y, en el supuesto de un deporte como el de Tiro Olímpico, como espectáculo competitivo, por lo que, atendiendo al artículo 3.º del Código Civil sobre la interpretación de las Normas de Derecho, cabe afirmar que del contexto de la Ley sobre Ordenación del Suelo [art. 3.2.a)], que determina como finalidad de la competencia urbanística el procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, y artículos 85 y 86, sobre la posibilidad de construir como excepción en terrenos calificados de no urbanizables, queda patente la pertinencia de que se autorice una construcción accesoria de unas instalaciones deportivas en suelo no urbanizable que requieren un emplazamiento en un medio rural, que no ofrece peligro de que se forme un núcleo de población y que no se halla en contradicción con ninguna norma impeditiva del uso deportivo a que se contraen dichas instalaciones directamente o de forma accesoria, al no haberse previsto, de conformidad con el artículo 40.5, en relación con el 36, del Reglamento de Planeamiento, ninguna determinación obstativa para la construcción del complejo deportivo del que forma parte la sede social del Club; con una explotación comercial referida exclusivamente a las instalaciones de esa Sede Social.» (Sentencia de 16 de junio de 1986, Sala 4.ª, Ar. 3613.)*

C) Obras de urbanización.

1: *Los Proyectos de obras de urbanización ordinarias pueden ser incluidos en el Plan de Obras y Servicios, que no es más que un Plan de financiación y de asignación de recursos, siempre que no contradigan lo dispuesto en el Plan de Ordenación.*

«Si bien es cierto que la ejecución de lo plasmado en los Planes Generales Municipales en el suelo urbano, en los Planes Parciales y, en su caso, en las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, debe desenvolverse, en la práctica, a través de los correspondientes proyectos de urbanización (art. 15 de la Ley del Suelo), verdaderos actos concretos o ejecutivos de lo que por vía general e indiscriminada se establece en aquéllos, constituyendo verdaderos actos de ejecución urbanística previamente planeada por los verdaderos instrumentos del planeamiento, no lo es menos que el artículo 67.3 del Reglamento de Planeamiento de 23 de junio de 1978 establece que, con independencia de los proyectos de urbanización, podrán redactarse y aprobarse, conforme a la normativa del ente interesado, proyectos de obras ordinarias que no tengan por objeto desarrollar integralmente el conjunto de determinaciones de un Plan de Ordenación; por ello no pueden someterse a un mismo régimen jurídico con los proyectos de urbanización y los proyectos de obras que no tienen por objeto el desarrollo integral del conjunto de las determinaciones de un Plan de Ordenación, sino que pretenden dar una solución aislada a un problema urbano, aun cuando tenga una incidencia urbanística indirecta, por lo que los proyectos pueden no ser globales, porque se entienden que los diferentes elementos urbanísticos serán realizados en forma individualizada, pero progresiva y formando un plan de conjunto, que explícitamente se contiene en el plan general, parcial, especial o en las normas subsidiarias; pero esto tampoco quiere decir que se haya de confundir un proyecto de urbanización de un elemento individualizado con un proyecto de obra aislada, que no precisa que tenga su punto de apoyo legal en un plan; pues bien, las obras de urbanización tales como vialidad, abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado público, jardinería y otras andologas (art. 67, anteriormente citado), cuyo proyecto constituye un instrumento para el desarrollo de las determinaciones que el plan prevea, al que, por tanto, no puede contradecir bajo pena de nulidad, pueden ser incluidas en un Plan de Obras y Servicios, que no es más que un Plan de financiación de asignación de recursos, por lo que quedan sometidas a la regla general, que no establece distinción alguna del citado artículo 12, párrafo 2.º, del Decreto de 17 de febrero de 1978 —la aprobación del Plan Provisional de Obras y Servicios, dice, llevará consigo la de los proyectos y pliegos de condiciones de las obras correspondientes—, sin perjuicio, naturalmente, de impugnar tal aprobación si no existe planeamiento previo o si lo contradicen.» (Sentencia de 17 de junio de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1825.)

2. *No causa indefensión la decisión, sin audiencia del interesado, de incoar expediente para fijar la cuantía del aval o garantía que debe prestar «ex lege» el urbanizador para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el Ayuntamiento.*

«En los antecedentes obrantes en la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid no consta que fueran aprobados los Proyectos de Urbanización y Parcelación (folio 9 del expediente), y, asimismo, resulta, según informe emitido por los técnicos de dicho organismo en 1 de febrero de 1977, que las obras de urbanización se encuentran paralizadas desde hace más de dos años, todo lo cual revela la realización de una

urbanización que, aunque amparada en título legítimo de planeamiento, se ha venido ejecutando al margen de la legalidad urbanística que exige la previa aprobación de los Proyectos de Parcelación y Urbanización; que, en consecuencia, la exigencia contenida en el acto dictado por la Comisión del Area de que la promotora efectúe la presentación de garantía o aval bancario suficiente que garantice el exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas entre la urbanizadora y el Ayuntamiento y entre aquélla y los futuros propietarios de solares, con expresa remisión a los Servicios competentes de dicho organismo para la fijación de su cuantía, no hace sino dar puntual cumplimiento a la obligación legal establecida en el artículo 41.2, apartados d) y e), de la Ley del Suelo de 1956, y a la que en idénticos términos dispone el 53.2, apartados d) y e), del vigente texto refundido de la mencionada Ley, en relación con el 46.b) y c) de su Reglamento de Planeamiento, para todos los planes y proyectos que se refieren a urbanizaciones de iniciativa particular, sin que en contra pueda argüirse, por tratarse de una obligación ex lege, que dicho acto ha sido adoptado sin la previa audiencia de la actora, ya que ni se fija en él la cuantía concreta de la garantía a prestar, como erróneamente se sostiene en la demanda, sino lo que se ordena es la incoación del oportuno expediente de fijación de cuantía, en el que tendrá ocasión de formular, como acertadamente se apunta en el acto ministerial, las alegaciones que estime oportunas en defensa de su derecho, ni la obligación de prestar la garantía correspondiente exigía, por no tratarse de un expediente sancionador, sino repetidos de hacer efectiva una obligación legal, la formulación de pliegos de cargo alguno, y como a este pronunciamiento, con independencia de la posible existencia de una infracción urbanística que, en su caso, tendrá que depurarse en un procedimiento distinto, se concreta al contenido del acto dictado por la Comisión del Area y confirmado en vía de alzada, obligada es la desestimación del recurso.» (Sentencia de 14 de marzo de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1775.)

D) *Licencias.*

Carácter reglado de su otorgamiento. Es contraria a dicho carácter una Ordenanza de Estética, al dejar a la decisión discrecional de la Administración el otorgamiento o denegación de la misma.

«Examinando este Tribunal el contenido del aludido artículo 140 de las Ordenanzas Municipales de Edificación, que forma parte de las llamadas Ordenanzas de Estética, llegamos a la conclusión de que su contenido vulnera el carácter reglado de las licencias establecido por los artículos 178.2 del texto refundido de la Ley del Suelo y 3 del Reglamento de Disciplina Urbanística e infringe al tiempo la doctrina de las sentencias de esta Sala de 10 de junio de 1970, 3 de mayo de 1971 y 27 de febrero de 1976; pues el referido artículo 140 deja al criterio discrecional del Ayuntamiento el conceder o negar las licencias atendiendo a criterios absolutamente subjetivos e indeterminados, contrarios de las reglas objetivas que necesariamente han de presidir estas materias en las que no cabe el subjetivismo ni la discrecionalidad. El indicado artículo, en efecto, dispone que en lugares donde deba, o simplemente convenga, conservar o establecer un carácter arquitectónico o urbanístico acusado puede exigirse el empleo de materiales y sistemas constructivos determinados (sin concretar ni los lugares ni los sistemas); que se evitarán efectos discordantes entre las fachadas de una misma manzana, contigua o próxima, con el fin de obtener un buen efecto urbanístico de conjunto; y añade que podrá denegarse la licencia de edificación a los proyectos que constituyan un ataque al buen gusto o resulten extravagantes, ridículos o impropios de su emplazamiento; *conceptos todos absolutamente indeterminados que quedan a merced de la subjetiva apreciación y opinión del órgano administrativo, lo cual no se compagina con la naturaleza reglada que ha de*

governar esta materia, según los preceptos aludidos y a tenor de la doctrina de esta Sala indicada, en la cual se señala que esta materia, tan proclive a las subjetividades, ha de concretarse y regularse debidamente en las correspondientes Ordenanzas o Planes, dado que no puede quedar al subjetivo arbitrio del órgano administrativo decidir en cada caso, según su cambiante criterio y sin reglas, si el proyecto ataca o no el buen gusto o si resulta o no impropio de su emplazamiento, porque admitir esto supondría convertir una materia, que por ministerio de la Ley ha de ser siempre reglada, en discrecional o arbitraria, con lo que se conculcarían los preceptos y la doctrina mencionados.

Confirma la anterior conclusión el propio artículo 205 de las mismas Ordenanzas Municipales de Edificación de 1958, coincidente con el 37 de las Metropolitanas de Edificación de 1978, en las que se definen las deficiencias subsanables e insubsanables de los proyectos presentados. Los defectos de estética en la composición de las fachadas se incluyen entre los defectos subsanables —por exclusión de los insubsanables que enumera el apartado A) de dicho artículo 205—. *Una supuestamente antiestética fachada sería, pues, siempre un defecto subsanable y no podría justificar en ningún caso la denegación de la licencia, sino la exigencia de subsanación. Mas no habría reglas aplicables para la subsanación y habrían de volver a aplicarse criterios subjetivos, indeterminados, vagos y discrecionales del órgano administrativo; lo cual, como hemos dicho, es impropio de esta materia.» (Sentencia de 9 de mayo de 1986, Sala 4.ª, Ar. 3061.)*

E) *Disciplina.*

El ejercicio de la acción pública contra una licencia que constituye infracción urbanística grave no puede tener por objeto obtener del Alcalde la suspensión de las obras en uso de la facultad concedida por el artículo 186 de la Ley del Suelo.

«Debe reducirse el examen del presente recurso al contenido de la acción pública planteada ante el Ayuntamiento en escrito de 19 de junio de 1979 y que tenía a que por el Alcalde se hiciese uso de las facultades que le confiere el artículo 186 de la Ley del Suelo, o, subsidiariamente, a que se hiciese aplicación del artículo 184 de la misma, para suspender las obras y ajustarlas a la licencia otorgada al efecto; pero, respecto de la primera de tales peticiones, ha de hacerse remisión a lo ya razonado antes a propósito de que, tratándose de una medida cautelar comprendida entre las facultades de oficio que corresponden a una autoridad, no puede el particular compeler a ésta a ejercitarla, sin perjuicio de posibles responsabilidades, en otro orden, por el no uso de las mismas, y sin perjuicio de las acciones que le corresponden a dicho particular en base a otros preceptos legales de la normativa urbanística.» (Sentencia de 18 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1596.)

XIII. RECURSO ADMINISTRATIVO

A) *Recurso de reposición. Falta de interposición por notificación defectuosa. Resumen de la reciente jurisprudencia al respecto.*

La consecuencia, en tal caso, podría ser la de anular el procedimiento administrativo a partir de la notificación defectuosa y obligar a la Administración a verificar una nueva en la que rectifique su decisión anterior, haciendo saber al notificado que le asiste el contencioso, previa interposición del recurso de reposición; o proceder a la subsanación prevista en el artícu-

lo 129.3.º de la Ley Jurisdiccional, ya por denuncia de la Administración, ya de oficio por el propio Tribunal, requiriendo al demandante para que lo formule en plazo legal, dejando en suspensión el procedimiento hasta que se resuelva expresamente o por silencio. Mas en este momento procesal, cuando además ningún motivo de fondo se alega por la representación de la Administración, que se limita en sus alegaciones a insistir en la cuestión procesal de la inadmisibilidad, a nada conduciría si no es a vulnerar el principio de economía procesal, el volver a nuevos trámites para llegar a idéntica conclusión, con perjuicio del administrado, al que no pueden perjudicar los yerros de la Administración.

La improcedencia de declarar la inadmisibilidad del recurso, por falta de reposición, cuando es debida a la deficiente instrucción en el acto notificadorio, viene a ser reiteradamente declarada por la moderna doctrina jurisprudencial, y así, en la sentencia de la Sala 4.ª, de 17 de febrero de 1984, y en la de la Sala 5.ª, de 28 de febrero del mismo año, en las que se sienta la de que no cabe pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso, cuando no consta que se le notificara la necesidad del de reposición, en base a una interpretación que permita hacer operante el derecho a la tutela judicial efectiva o en las más recientes de la Sala 4.ª, de 21 de noviembre de 1985, que sienta la doctrina de que no es posible declarar la inadmisibilidad sin dar oportunidad a la parte para que subsane el defecto y, como no se le dio, no puede urgir con las consecuencias de las actuaciones ajenas, y, en fin, la de 15 de abril pasado de esta Sala, que proclama la necesidad de superar las consecuencias excesivamente formalistas que se derivarían, tanto de la restitución de las actuaciones a los efectos de una notificación correcta de la violación como el abrir en este momento procesal el trámite omitido en primera instancia y previsto en el 129.3 de la Ley Jurisdiccional, actuaciones que deben ser descartadas, pues en el estado al que ha llegado el proceso quedaría infringido el derecho del recurrente a que se ultime, sin dilaciones indebidas, el proceso con todas las garantías en su defensa que proclama el artículo 24 de la Constitución.» (*Sentencia de 29 de mayo de 1986, Sala 3.ª, Ar. 2772.*)

B) *Doble alzada. Debe entenderse derogada por inconstitucionalidad sobrevenida, pese a estar prevista en un contrato concesional (el celebrado con la Compañía Telefónica Nacional de España).*

«La Constitución española acepta también el principio de "jerarquía" como primero de los que enumera para configurar la actuación de la Administración pública en el artículo 103.1. Ahora bien, lo matiza y atempera no sólo con otros principios (descentralización, desconcentración y coordinación), sino con un diseño orgánico en el cual la clásica separación o división de los poderes da paso a su dispersión territorial y sectorial. Así, la Presidencia del Gobierno pierde su posición supraordenada en el ámbito jurídico, no desde el político, que la refuerza. El Presidente, dice el artículo 98.2, dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, *sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión*. Tanto aquél como el Consejo de Ministros continúan siendo "órganos superiores" de la Administración del Estado, según estableció el artículo 2.º de la Ley de Régimen Jurídico —26 de junio de 1957—, pero sin que tal superioridad pueda o deba llevarse más allá de lo que es en realidad, más una metáfora que una definición. La cláusula contractual vigesimosexta implica la superposición de un sistema de recursos *ad hoc* al sistema común, y ello significa, ante todo, un privilegio en favor de un concesionario de servicio público que quiebra el principio de igualdad de todos los ciudadanos proclamado en el artículo 14 de la Constitución. Por otra parte, esta quiebra se hace más ostensible si se observa que la posibilidad de llegar hasta el Consejo de Ministros, en vía de recurso, se le ofrece tan sólo a la CTNE, para

el caso de que las anteriores resoluciones le fueren perjudiciales, pero se le cierra a cualquier otro interesado en el asunto si aquélla hubiera obtenido una respuesta favorable. Un recurso que se configura con un desequilibrio tal no puede subsistir una vez vigente nuestra Constitución. Existen muchas otras actividades y no pocos servicios públicos tan importantes y complejos como pueda serlo el telefónico que funcionan sin perturbación alguna dentro de los cauces normales del procedimiento administrativo.

El objeto del presente proceso contencioso-administrativo está constituido por un acuerdo del Consejo de Ministros que declara la inadmisibilidad de los recursos extraordinarios interpuestos, primero, ante la Presidencia del Gobierno y, después, ante el propio Consejo, por considerar en ambos casos que aquélla y éste carecen de competencia para conocer de tales impugnaciones. En consecuencia, el acuerdo reexpide el asunto al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con el fin de que resuelva la reclamación formulada por la Compañía Telefónica respecto de las condiciones impuestas en la autorización para sustituir un cable subterráneo en la Zona de Servicio del Puerto de Vigo. Esta Sala ha llegado a la conclusión, en virtud de las reflexiones ya expuestas anteriormente, de que ambos pronunciamientos son correctos y, por ello, no pasa a juzgar el tema de fondo, ya que en tal supuesto se produciría la desviación del cauce procesal adecuado, con alteración de la competencia de los órganos judiciales y eliminación de la doble instancia de esta vía, lo que afectaría tanto a la tutela efectiva como al proceso debido, derechos fundamentales ambos plasmados en el artículo 24 de la Constitución. Es ostensible, finalmente, que el problema que aquí y ahora se enjuicia ha obtenido en el pasado soluciones contradictorias por parte de la Administración pública y de los Tribunales de Justicia. Son, en más de un aspecto, discrepantes los dictámenes del Consejo de Estado de 4 de julio de 1968 y de 2 de julio de 1981. Este último, a su vez, contiene un voto particular muy sólidamente construido. Nuestra jurisprudencia ha sido también fluctuante, hasta el extremo de que en un mismo año la Sala ha dictado al menos tres sentencias, la última de las cuales (2 de diciembre de 1983) rectifica el criterio inicialmente mantenido en dos anteriores (7 de junio y 14 de noviembre) que declaraban la improcedencia de las dos alzadas extraordinarias. Ello nos lleva a concluir que con tales antecedentes no puede hablarse de temeridad y menos aún de mala fe en el planteamiento del presente proceso por la CTNE a los efectos previstos en el artículo 131 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en cuanto al pago de las costas.» (*Sentencia de 2 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3318.*)

XIV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- A) *Inadmisibilidad. Artículo 82.a) LJ. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no procede la inadmisibilidad, sino la remisión al Tribunal competente. En el momento final de dictar sentencia no podrá desestimarse por falta de competencia.*

En relación a la primera, en fundamento al apartado a) del artículo 82 de la Ley, afectando a la jurisdicción y competencia, no puede acogerse al haber sido declarado inconstitucional (inconstitucionalidad sobrevenida) dicho apartado a), así, en sentencias del Tribunal Constitucional números 22, de 15 de febrero de 1985 —"BO" de 5 de mayo— y 55, de 9 de mayo de 1986 —"BO" del día 20 pasado—, por entender el Tribunal que, en tal caso, lo procedente es remitir las actuaciones al Tribunal que se tiene por competente, sin que quepa en el momento final del dictado de sentencia tratar la falta de competencia a través de la inadmisibilidad, con evidente quebranto de la tutela efectiva, que obliga a dictar resolución con el consiguiente perjuicio para el litigante, que si se le obliga a repetir el procedimiento, lo que no

obsta a que haya de reconocerse que, tratándose de una impugnación directa, la competencia correspondería por el precepto que invoca al Tribunal Supremo y no a la Audiencia Nacional.» (Sentencia de 7 de junio de 1986, Sala 3.ª, Ar. 3362.)

B) *Legitimación. Impugnación de Reglamentos. Inconstitucionalidad del artículo 28.b) de la Ley Jurisdiccional.*

«El segundo de los requisitos exigidos por la excepción de inadmisibilidad alegada es el relativo al carácter colectivo y representativo de las entidades que menciona el apartado b) del párrafo 1.º del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, precepto que, hasta la vigencia de la Constitución, había tenido una interpretación unánime, extensiva en cuanto a su aplicación y restrictiva de la legitimación activa para el supuesto en la doctrina, primordialmente jurisprudencial; pero tal planteamiento ha entrado en crisis a partir de la vigencia de la Constitución por estimarse incompatible con el artículo 24 de la misma, cuando él declara el derecho de todas las personas, sin excepción, a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, habiendo entendido un amplio sector doctrinal que tal precepto del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional se halla derogado y que sólo es aplicable la regla del apartado a) del párrafo 1.º del citado artículo, en cuanto sólo exige que la persona impugnante tenga un "interés directo" en la cuestión objeto del recurso jurisdiccional; pero tal criterio tampoco ha sido unánime, por cuanto algunos autores estiman dudosa la inconstitucionalidad del precepto limitador de la legitimación activa, toda vez que el ciudadano está suficientemente protegido a través de la impugnación indirecta de las disposiciones generales realizadas a través de la de los actos de sujeción individual, basada ésta en la ilegalidad de los mismos por ser ilegal el texto reglamentario en que se fundamentan; la doctrina jurisprudencial inició también rápidamente lo que se ha venido en llamar una interpretación flexible y amplia, como lo ponen de relieve una serie de sentencias de esta y de las otras dos Salas de lo Contencioso-Administrativo de este Alto Tribunal, como lo son las de 25 de septiembre, 14 de octubre y 16 de diciembre de 1981, 14 de enero de 1982, 3 de marzo de 1983 y 20 de febrero y 24 de mayo de 1984, tendencia que ha culminado en que el Tribunal Constitucional, al abordar esta cuestión de la legitimación corporativa en sus sentencias de 16 de octubre de 1984 y 28 de noviembre de 1985, se han inclinado por la tendencia aperturista o permisiva, al estimar, en palabras de la última de las resoluciones citadas, *removidos los obstáculos existentes en la normativa anterior, a virtud del alcance que hay que atribuir al párrafo 1.º del artículo 24 del texto constitucional, siendo de señalar que si bien la primera de las citadas sentencias no es tan expresiva, por cuanto basó el amparo por ella concedido en una cuestión formal, al aseverar que la inadmisibilidad declarada lo había sido sin razonamiento alguno expreso, la realidad que un análisis detenido de la sentencia acordada, a la vista de la dictada por el Tribunal Constitucional, pone de relieve la insuficiencia de la cuarta alegación de aquélla, que se limitaba a constatar el carácter individual del recurrente y aseverar seguidamente la falta de concurrencia del requisito de Entidad, Corporación o Institución de Derecho Público, o de carácter representativo de los intereses generales o corporativos, con lo que, en realidad, ponía de manifiesto la necesidad de un análisis de distintos particulares, a todas luces innecesaria, si se exigía la legitimación corporativa cuestionada; la segunda de las sentencias, dando un paso más en coherencia con la exigencia manifestada, señala ya la remoción de los obstáculos contenidos en el apartado b) tantas veces referenciado, con lo cual, sin manifestarlo expresamente, lleva a la conclusión de su inexigibilidad.*» (Sentencia de 18 de abril de 1986, Sala 4.ª, Ar. 2800.)

C) Partes.

1. *Emplazamiento. Nulidad del emplazamiento por edictos al interesado cuya identidad y domicilio eran conocidos por el Tribunal.*

«Del examen de las actuaciones jurisdiccionales sustanciadas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla aparece que el titular de la licencia de obras, impugnada ante dicho Tribunal, "P. J., S. A.", representada por don Manuel P. J., vecino de Sevilla, con domicilio en la calle Oscar Carvallo, núm. 6-1-3, no obstante hallarse identificado en la solicitud de dicha licencia, en la que consta el domicilio de su representante, no fue emplazada personalmente y, aunque es cierto que el emplazamiento tuvo lugar en la forma edictal prevista en el artículo 64.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no lo es menos que la misma deviene insuficiente, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias de 31 de marzo de 1981, 20 de octubre de 1982 y 23 de marzo de 1983, entre otras), para conocer de la existencia del proceso y salvaguardar el derecho fundamental que asiste a quien ostenta la cualidad procesal del demandado a obtener la tutela efectiva de los Tribunales cuando su identificación no podía ser desconocida por la Sala de 1.ª instancia, y ello en razón de que el mencionado precepto legal debe ser interpretado en armonía con lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución.» (Sentencia de 7 de mayo de 1986, Sala 4.ª, Ar. 3051.)

2. *Adhesión a la apelación. Están legitimados para comparecer en calidad de adheridos a la apelación aquellos interesados que no fueron emplazados ni parte en primera instancia.*

«Interpuesta la presente apelación por el Letrado del Estado, que la mantuvo en el momento procesal oportuno, y la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, el primero para defender los acuerdos del Jurado Provincial de la Expropiación Forzosa, modificados en parte por la sentencia recurrida, y la segunda pretendiendo la revocación de la sentencia para que se fijase el justiprecio de las fincas expropiadas objeto del proceso, en el determinado en su hoja de aprecio, ha de quedar determinada la cualidad en esta apelación de los expropiados, que al no haber sido citados ni emplazados en la primera instancia, ni para comparecer ante esta Sala, lo han hecho mediante acuerdo de este Tribunal, al observar la falta procesal esencial del llamamiento al juicio de los mismos, lo que produjo su comparecencia en autos: al haber pedido expresamente no se anulasen todas las actuaciones de primera instancia, y retrotraer el proceso a su iniciación, por entender que su comparecencia en esta segunda instancia se le reconocía el derecho a su defensa, es obligado entender que su posición no ha de ser únicamente la de demandados, y sus alegaciones tendentes solamente a que se confirme la sentencia recurrida, sino que, como solicitan, se les tenga por adheridos a la apelación en cuanto la sentencia varía el precio fijado por el Jurado y por ellos consentido; esta petición es perfectamente aceptable, ya que anteriormente no habían tenido oportunidad de efectuarla, al no haberles sido notificada la sentencia, por lo que les es aplicable el artículo 95 de la Ley de esta Jurisdicción, en cuanto a legitimación, por ser demandado en el proceso, y los artículos 858 y 892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y oportuno en el momento en que lo ha realizado cuando conoció el contenido de la sentencia.» (Sentencia de 10 de abril de 1986, Sala 5.ª, Ar. 1877.)

- D) *Acumulación. Pese a la diferencia de requisitos, competencia y procedimiento para impugnar un Reglamento y el acto de aplicación, no hay impedimento para su acumulación.*

«Aunque la Orden Ministerial recurrida tiene carácter normativo, puesto que regula con carácter general la titulación necesaria, requisitos y pruebas que han de superarse para acceder por el sistema de promoción interna al Cuerpo Especial de Facultativos de Meteorología, mientras que el acuerdo de convocatoria de las correspondientes pruebas selectivas es un acto administrativo que tiene por destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos, siendo en consecuencia distintos los requisitos, competencia y procedimiento para su impugnación, por existir entre los mismos la conexión directa a que se refiere el artículo 44.2 de la Ley Jurisdiccional, no existe impedimento para su acumulación en un proceso tramitado por las normas más amplias del ordinario y su resolución por el Tribunal Superior al que corresponde el conocimiento de la impugnación de la disposición general.» (Sentencia de 24 de junio de 1986, Sala 5.ª, Ar. 3386.)

- E) *Acción. No es válida la renuncia, efectuada en vía administrativa, a accionar ante los Tribunales contra un acto administrativo que todavía no se conoce, pues es contrario al orden público renunciar al ejercicio de un derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución.*

«Se alega, igualmente, por la Administración demandada falta de acción, por cuanto en vía administrativa se renunció por parte del recurrente a proseguir en el recurso planteado, pero ello ha de rechazarse, y no sólo ya por las razones alegadas por la actora de que a lo que se renunciaba era tan sólo al recurso planteado, esto es, a que se le exhibiera o se le diera testimonio del contrato suscrito entre el Ayuntamiento y el señor B., en representación del taller de Arquitectura de Barcelona, S. A., sino porque, admitiendo en el terreno de la hipótesis que sería absurdo renunciar a algo que se concede previamente, tal renuncia sería inválida, pues, como establece el artículo 6.2 del Código Civil, *la renuncia de los derechos reconocidos en la Ley sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*, y admitir la validez en este caso de la renuncia a recurrir por parte del Colegio sería contrario a dicho Orden Público, pues supondría renuncia al derecho público a accionar ante los Tribunales, consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, ya que, si bien es posible renunciar al derecho ya nacido, con los límites supra vistos, *no puede válidamente renunciarse a recurrir contra algo que todavía no se conoce*, y, así, también pudo tras la exhibición del contrato apreciar el recurrente otros defectos en el mismo, de tipo profesional o material, a cuya impugnación no podría renunciar antes de conocerlos.» (Sentencia de 17 de marzo de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1831.)

- F) *Demanda. Plazo de caducidad del recurso. Interpretación flexible en virtud del artículo 24 de la Constitución.*

«Aunque el principio constitucional de la tutela efectiva judicial, del artículo 24 de nuestro texto fundamental, no podrá ser interpretado nunca como un arrumbamiento absoluto de las limitaciones que impone todo proceso en su forma de desarrollarse, como, por ejemplo, son los plazos para la evacuación de los distintos trámites, entre los que ha merecido un trato especial el de formalización de la demanda, exigiendo para él un singular rigor en el artículo 67.2 de la Ley Jurisdiccional, distinto al establecido con

carácter general en el artículo 121.1 de la propia Ley; aun así, en este caso, a pesar de la dilación del recurrente en presentarla, y de que se puede declarar su caducidad de oficio, por permisión de dicho artículo 67.2.º, no se inclina la Sala por esta solución, atendiendo a que el Tribunal "a quo" la admitió a trámite, y a que la parte de adverso, si bien recurrió la providencia que se pronunció en ese sentido, luego se conformó con el auto que desestimó la súplica.» (Sentencia de 24 de junio de 1986, Sala 4.º, Ar. 3824.)

- G) *Recurso de apelación. A efectos de interposición de este recurso, deben equipararse los actos dictados por órganos de las Comunidades Autónomas en virtud de asunción de competencia estatal a los actos dictados por órganos cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional.*

«Si bien de una interpretación literal del precepto invocado, en relación con el artículo 10.1.a) de la propia Ley, podría estimarse la opuesta inadmisibilidad, dado que, no superada la cuantía que determina la posibilidad de apelación, se da la circunstancia concurrente de tratarse de acto dictado por órgano cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional, no puede hacerse abstracción de que el acto procede de órgano de entidad autonómica a quien fue transferida la materia, que es lo que determina que su competencia no se extienda a todo el territorio de la nación, y como quiera que hasta tanto se promulgue la Ley de Planta, que desarrolla la Orgánica del Poder Judicial, con la creación de los nuevos órganos judiciales y el Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de las competencias y jurisdicción que correspondan al Tribunal Supremo, quedan los actos, como el aquí recurrido, huérfanos de una instancia en vía jurisdiccional si no se permite la apelación, debe de entenderse ésta procedente, so pena, en otro caso, de hacer de peor condición a quienes ejercitan sus derechos ante los órganos autonómicos que a los que por no pertenecer a una Administración de tal naturaleza, con materia transferida, ejercitan su pretensión ante los órganos del Estado, los que sí podrán acceder al Tribunal Supremo, por ser el órgano administrativo que dicta el acuerdo de alzada, de competencia extendible a todo el territorio nacional; con desprecio de los superiores principios de igualdad y tutela efectiva proclamados en los artículos 14 y 24 de la Constitución, lo que conduce a la desestimación de la inadmisibilidad del recurso opuesta por el representante de la Administración.» (Sentencia de 26 de mayo de 1986, Sala 3.º, Ar. 2659.)

XV. RESPONSABILIDAD

- A) *Terrorismo. La indemnización por daños derivados de acciones terroristas no puede identificarse con la indemnización por responsabilidad extracontractual de la Administración. Se trata de una medida asistencial de tipo extraordinario.*

«El peculiar supuesto de resarcimiento por el Estado de daños y perjuicios corporales derivados de acciones terroristas, y que se regula por el Real Decreto-ley 3/79, de 26 de enero, y Real Decreto reglamentario 484/82, de 5 de marzo, no constituye propiamente un caso de responsabilidad extracontractual de la Administración equiparable al contemplado por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y hoy también por el artículo 106.2 de la Constitución. Porque no se trata de una responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino más bien de una medida asistencial de tipo extraordinario con

la que, en razón a las circunstancias determinantes de la muerte o lesión —terrorismo—, que escapan a los que podría entenderse como riesgo propio de relaciones normales de convivencia social —accidente laboral—, se intenta paliar las consecuencias de aquel hecho terrorista, incrementando en alguna medida la prestación que la Seguridad Social abona en los demás casos. Y que constituyen, en efecto, una prestación asistencial se prueba por el hecho de que la indemnización se limita a los daños y perjuicios corporales, quedando fuera de la protección prevista por la norma los daños y perjuicios producidos en las cosas y en los bienes (art. 1.º, párrafo 2.º del Decreto 484/1982), y porque la fijación de la indemnización no se deja al prudente arbitrio del juzgador como en el supuesto de la responsabilidad extracontractual propiamente dicha, sino que aparece tasada por remisión a las normas laborales o de la Seguridad Social (art. 3.º del Decreto citado).

En el caso de autos se ha fijado por la Administración en 2.700.000 pesetas el resarcimiento que procede abonar, y la recurrente doña María Lourdes A. S., que cobra pensión de viudedad y orfandad, pretende se le abone también la diferencia hasta 7.375.125 pesetas, cantidad esta última que obtiene capitalizando la mencionada pensión (que es de 422.595 pesetas anuales). Pero es el caso que la normativa aplicable —que, como se ha dicho, limita las facultades del juzgador remitiéndole a lo que dispone la legislación laboral y de la Seguridad Social— prevé: en casos de muerte, una indemnización de seis mensualidades, como indemnización especial a tanto alzado por viudedad, y de una mensualidad por orfandad (arts. 35 y 38 del Decreto reglamentario de 23 de diciembre de 1966). Sin que sea de aplicación en este caso —resultado de muerte— la capitalización a que alude el artículo 3.º, párrafo 3.º, del Real Decreto 484/82. Por todo lo cual, la Sala —en cumplimiento de lo que el Ordenamiento jurídico establece— tiene necesariamente que desestimar la reclamación, al carecer de ámbito discrecional de ningún tipo que permita ponderar las desgraciadas circunstancias del caso en base al que se solicita el resarcimiento.» (Sentencia de 8 de mayo de 1986, Sala 4.º, Ar. 3053.)

B) Nexo causal. Se rompe el nexo causal si no se demuestra que los policías nacionales causantes del daño actuaron en el ejercicio de su función pública.

«En esta apelación, por el recurrente se han reiterado las alegaciones efectuadas en primera instancia como fundamento de la pretensión de nulidad de los acuerdos impugnados de la Administración que denegó el derecho a la indemnización por el Estado por la lesión sufrida el 3 de febrero de 1979 en el "Bar Miner" de San Sebastián, al sufrir una agresión que el actor atribuye a unos policías nacionales; habiéndose resuelto acertadamente, por la sentencia apelada de la Audiencia Nacional, la cuestión promovida en este proceso, en el que, aparte no haberse probado por la prueba practicada a instancia del demandante la identidad de los agresores como policías nacionales, lo que si resulta patente es la improcedencia de la reclamación de una indemnización por unas lesiones atribuibles a unos servidores del Orden Público por unas acciones cometidas sin relación alguna con el ejercicio de su función; procediendo afirmar que no puede declararse la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones imputables a autoridades o funcionarios que hayan ocasionado una lesión en los bienes o derechos de los particulares, cuando su conducta, dolosa o culposa, no se corresponda con el ejercicio de esa autoridad o función que sea inherente a un Servicio Público, pues, en este supuesto, falta el nexo de causalidad exigido por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado, acorde con el 106.2 de la Constitución, entre la conducta de un agente que actúa en el ejercicio de una potestad o función pública y el daño causado, ya que no se puede responsabilizar al Estado lo que se haga u omita por un particular, o por quien esté revestido de autoridad o sea empleado público, pero obre al margen de esa condición, y por

ello sin relación alguna con el funcionamiento normal o anormal de un Servicio Público; por lo que, aunque los causantes de las lesiones sufridas por el demandante fueren policías nacionales, no se puede estimar que actuaren en el ejercicio de su función pública, estando fuera de servicio y no llevar uniforme, ni tener encomentado ninguno, a consecuencia del cual se originaron las lesiones sufridas por el recurrente, no procede determinar ninguna responsabilidad del Estado y si de los sujetos que causaron las lesiones, que no han sido identificados ni por las diligencias tramitadas por la Autoridad gubernativa ni por el Juzgado número 2 de San Sebastián, que ordenó el archivo de las diligencias instruidas; debiéndose constatar que, a mayor abundamiento, tampoco procede declarar la responsabilidad del Estado por no existir prueba alguna que abone la posible presunción de que los actos de agresión que se produjeron en el "Bar Miner" fueran consecuencia de órdenes emanadas de la Autoridad gubernativa en el ejercicio de su función represora, o que incidiera una conducta negligente de la misma que facilitara la acción presuntamente atribuida a unos agentes de la Autoridad.» (Sentencia de 20 de mayo de 1986, Sala 4.ª, Ar. 3264.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

