II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Reglamento:* 1. Dictamen del Consejo de Estado y reglamento autonómico. 2. Dictamen del Consejo de Estado y reglamento autonómico. 3. Dictamen del Consejo de Estado y reglamento autonómico. 4. Audiencia a organizaciones y asociaciones interesadas.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Desviación de poder. Se admite la existencia del vicio.* B) *Ejecutividad. Criterios de interés general que comportan la suspensión.* C) *Notificación.*—III. CONTRATOS: *Prórroga tácita.*—IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Reversión.*—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía. Constitucionalidad del artículo 186 de la Ley del Suelo.* B) *Competencias. Beneficencia.* C) *Mancomunidad. No puede admitirse la exigencia de un acto de aprobación de un ente superior para su constitución.* D) *Fundación pública de Servicio. Naturaleza.*—VI. COLEGIOS PROFESIONALES: *Ilegalidad del artículo 25.1.a) del Estatuto General de la Abogacía.*—VII. DEPORTE: *Federación deportiva. Naturaleza y régimen jurídico.*—VIII. EDUCACIÓN: A) *Derecho a la educación.* B) *Universidad:* 1. Derecho de acceso y derecho a la educación. 2. Autonomía. Límites por su carácter de servicio público.—IX. LIBERTADES: *Principio de igualdad.*—X. POLICÍA: *Orden público. Evolución de este concepto.*—XI. SANCIONES: A) *Sanción administrativa y decomiso.* B) *Prescripción.* C) *Prueba.*—XII. URBANISMO: A) *Planeamiento. Ordenanza municipal y convenio Estado-Compañía Telefónica.* B) *Gestión. Expropiación de terrenos a propietarios y aprobación del proyecto de compensación.* C) *Licencias:* 1. Licencia urbanística y actividad minera. 2. Competencia de la CPU y acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias. 3. Vigencia del artículo 186 de la Ley del Suelo.—XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Carácter revisor.* B) *Sentencia:* 1. Inejecución. 2. Supuestos de imposibilidad legal de ejecución. 3. Legitimación para plantear el incidente de ejecución. C) *Ley 26 diciembre 1978. Suspensión «ad cautelam» especial.*—XIV. RESPONSABILIDAD: *Nexo causal.*

I. FUENTES

A) *Reglamento.*

1. *Dictamen del Consejo de Estado y reglamento de una Comunidad Autónoma. Es preceptivo si el reglamento desarrolla una Ley de competencia estatal.*

«La controversia planteada gira, pues, en derredor de la necesariedad o innecesariedad del dictamen del Consejo de Estado como previo para la aprobación del Reglamento dictado por la Junta de Andalucía para la ejecución de la Ley de Reforma Agraria de 3 de julio de 1984 de la misma Comunidad Autónoma, entendiendo ésta, a la sazón apelante, que la propia naturaleza del Consejo de Estado, órgano consultivo del Gobierno Central,

así como la armónica interpretación de la normativa aplicable, reguladora de la materia y esencialmente constituida por los artículos 44 del Estatuto Andaluz y 22 y 23 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, determinan que el cuestionado informe sólo devenga preceptivo cuando los textos reglamentarios desarrollen leyes estatales, en tanto que la parte apelada, defendiendo los criterios estereotipados en la sentencia impugnada, sostiene que el dictamen previo resulta obligado, para la Comunidad Autónoma, a tenor de lo dispuesto en el último de los preceptos citados, en los mismos casos previstos en la Ley Orgánica reguladora del Consejo de Estado, cuando aquélla haya asumido las competencias correspondientes, todo ello al margen de afirmar que el Reglamento, efectivamente, desarrolla leyes estatales.

La alteración de la estructura del Estado plasmada en la Constitución española, que ha supuesto la sustitución de una organización netamente centralista por el denominado Estado de las Autonomías, genera indudablemente arduos y vidriosos problemas interpretativos en orden tanto a la propia distribución de competencias y a la intervención de los distintos órganos que las desarrollan como a las propias normas al efecto dictadas, lo cual resulta connatural a la transformación operada, máxime en las etapas primadas de transición, y por ello no cabe proscribir ni menospreciar *a priori* las opiniones más o menos fundadas que respecto de los temas aludidos puedan plantearse. Ahora bien, concretándonos al supuesto enjuiciado, hemos de afirmar que el carácter de órgano consultivo del Gobierno que el artículo 107 de la Constitución asigna al Consejo de Estado no enerva ni excluye las funciones propias que el mismo desarrolla en relación con las Comunidades Autónomas, relacionadas en la Ley Orgánica 3/80, en la que, sobre definir al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, ya se prevé (artículo 20) que emitirá su dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros, o las Comunidades Autónomas a través de sus presidentes, para en los artículos 22 y 23 concretar las materias en que puede o debe solicitarse el dictamen del Alto Organo consultivo, y adviértase, en este primario planteamiento, que la obligatoriedad de los informes en modo alguno distorsionará el sistema de reparto de competencias sancionado por la Constitución, antes bien contribuirá en gran manera a alcanzar una adecuada coordinación de funciones —en la articulación definitiva del Estado de las Autonomías, la acomodación de la potestad reglamentaria a la distribución de competencias y jerarquía normativa establecidas y, en fin, la uniformidad de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materias de general aplicación, como la cuestionada, ello aparte de que una tal interpretación se adecúa a la realidad social actual.

El artículo 23 de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980, sobre normas reguladoras del Consejo de Estado, establece literalmente «el dictamen preceptivo para las Comunidades Autónomas en los mismos casos previstos en esta ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes», determinándose con anterioridad en el 22 que la Comisión Permanente deberá ser consultada sobre los reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones, y respecto del ejercicio de funciones delegadas por el Gobierno a las Comunidades Autónomas. Es cierto que el artículo 44 del Estatuto de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/81, de 30 de diciembre, predica exclusivamente el informe del Consejo de Estado para los Reglamentos que se dicten en ejecución de Leyes estatales, pero no lo es menos, y por ello no puede desconocerse, que el carácter preceptivo de la audiencia al órgano consultivo en el supuesto contemplado, desarrollo de leyes estatales, hacemos notar, también exigido por la Ley Orgánica 3/80, no excluye igualmente su necesariedad, aunque llegara a entenderse que no sucedería otro tanto con los reglamentos dictados en ejecución exclusiva de leyes autonómicas independientes, cuando se refieran a materias cuya competencia hubiera sido asumida por la Comunidad Autónoma, porque la Ley reguladora del Consejo de Estado reviste naturaleza muy específica, y no está en contradicción con el artículo 44 del Estatuto, en cuanto aquella asunción

opera como una transferencia de funciones que en todo caso exige el respeto de las normas estatales, todo ello al margen de que con una tal interpretación se podrá hacer efectiva la uniformidad a que antes nos referíamos en todo el territorio del Estado.

Así las cosas, es de observar que el Reglamento puesto en tela de juicio ciertamente contempla y disciplina materia regulada en leyes estatales y de la exclusiva competencia del Estado, según establece el artículo 149.1.18 de la Constitución para la legislación sobre expropiación forzosa, en cuanto ésta es imprescindible para la reforma agraria, y resultan pormenorizados los aspectos expropiatorios, bastando al efecto observar el Título III del Reglamento, en el que son desarrolladas las normas procedimentales aplicables en las expropiaciones que puedan llevarse a cabo, y como de otra parte el Reglamento supone también desarrollo de las Leyes de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, y de Fincas Manifestamente Mejorables, de 16 de noviembre de 1979, habiendo sido asumidas por la Comunidad Autónoma las funciones correspondientes de acuerdo con la ordenación general de la economía, es por lo que no puede por menos de entenderse preceptivo el tan repetido dictamen, cual lo entendió el Tribunal *a quo*, debiendo agregarse a lo expuesto que el mismo parece ha sido emitido previamente a la aprobación del nuevo Reglamento elaborado, en el que se respetan las actuaciones desarrolladas con base en el que hoy cuestionamos, siquiera queda en todo como subordinado tal respeto a cuanto se decida en el presente proceso.» *(Sentencia de 6 de junio de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4533.)*

2. *Reglamento autonómico y Dictamen del Consejo de Estado: en materias asumidas por las CC. AA. como exclusivas, la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado es voluntaria.*

«Queda, pues, limitada la cuestión a la omisión del informe —que la Sala de primera instancia considera inexcusable— del Consejo de Estado. Pero en relación con este punto hay que decir que, como ya ha declarado este Tribunal Supremo en diversas Sentencias —de esta Sala, de 7 y 11 de mayo de 1987, y de la Sala de Revisión, de 23 de octubre de 1987—, *el informe del Consejo de Estado es un control de tipo interno, no exigible para la perfección de la norma reglamentaria, cuya omisión no impide a esta jurisdicción entrar a conocer del fondo del asunto cuando disponga de elementos suficientes.* Que la falta de un control administrativo de legalidad no es bastante para impedir el ejercicio de la función jurisdiccional por los Tribunales. Pero es que, además, *en el caso que nos ocupa no es preceptivo el informe del Consejo de Estado. Porque el Decreto impugnado* —y esto es importante destacarlo, aunque no parece haberse advertido por las partes— *guarda conexión con dos leyes distintas, estatal la una* —la de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido de 1973—, *regional la otra* —la de protección de la legalidad urbanística de Cataluña, de 1981—. Y tenemos, además, que *esa conexión hace referencia a la dualidad de regulación contenida en el Decreto: la agraria y la urbanística, materias en las cuales la Comunidad catalana tiene asumidas competencias con carácter exclusivo* (lo que implica potestad legislativa) *siquiera pueda y deba sostenerse que en ambos campos tiene también competencia exclusiva el Estado* (lo que, para resolver tan paradójica situación, obliga a admitir que Estado y Región tienen competencias concurrentes en esas materias). Pues bien, establecido lo que antecede, resulta que en lo que constituye desarrollo del artículo 43.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario —invocado expresamente en el preámbulo del Decreto—, o sea, en lo que supone fijación de unidades mínimas de cultivo, el informe del Consejo de Estado no es necesario porque la citada Ley estatal agraria exige el informe de otros órganos, pero no del Consejo de Estado, y esos órganos —más exactamente: sus equivalentes autonómicos— han informado, según se dijo más arriba. Y por lo que hace a lo que constituye desarrollo de la Ley

regional el informe del Consejo de Estado no es necesario, pues la disposición final 2.ª de dicha Ley catalana no lo exige, con lo que estamos ante uno de los supuestos de especialidad orgánica previstos en el artículo 12 de la Ley estatal reguladora del proceso autonómico. Y esto hay que entenderlo así porque, *en materias asumidas con carácter exclusivo por una Comunidad Autónoma, la sujeción al dictamen preceptivo de un órgano estatal ha de venir por la vía de la sujeción voluntaria de la Comunidad Autónoma de que se trate y no por la de un mandato del Estado* —aunque adopte la forma de ley orgánica—. *De otro modo, esta ley orgánica estatal habría modificado la previsión constitucional* (art. 107) *que configura al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno de España, no de las Comunidades Autónomas.* Una interpretación maximalista del artículo 23.2 de aquella Ley orgánica reguladora del Consejo de Estado órgano consultivo estatal sería atentatoria del principio de autonomía, el cual postula como uno de sus contenidos el de autoorganización.» *(Sentencia de 21 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4410.)*

3. *Se reitera el carácter preceptivo del Dictamen del Consejo de Estado para aquellos Reglamentos dictados por las Comunidades Autónomas que desarrollan legislación estatal, aun en materias sobre las que la Comunidad ostenta competencia de desarrollo legislativo pero que no ha ejercitado todavía.*

«Despejadas las precedentes cuestiones, pertinente es abordar los problemas de fondo planteados por la entidad recurrente, que son los siguientes: *a)* Ilegalidad del Decreto cuestionado por infringir el mismo el artículo 103, párrafo tercero, de la Constitución, que establece reserva de Ley para todo cuanto se refiere al Estatuto de los funcionarios. *b)* Nulidad del Decreto mencionado, en cuanto que él ha omitido el informe preceptivo del Consejo de Estado, al ser el mismo desarrollo de una Ley estatal, y *c)* Nulidad del reiterado Decreto, en cuanto el mismo infringe el principio de igualdad declarado en el artículo 14 de la Constitución, por cuanto el sistema disciplinario que establece es más duro que el resultante de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

Por lo que al primero de los problemas mencionados se refiere, necesario es partir de lo establecido en el número 18 del párrafo 1.º del artículo 149 de la Constitución y del apartado 1.º del párrafo también 1.º del artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, así como de la Ley catalana de 4 de junio de 1981, en cuyo preámbulo se establece que el precepto del Estatuto mencionado reconoce a la Generalidad competencia para establecer el régimen estatutario de sus funcionarios, competencia que ha de ejercer el Parlamento catalán en el marco de las bases de la legislación estatal; la constitucionalidad de la citada Ley no ofrece duda, habida cuenta el carácter desestimatorio de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982 (R. T. Const. 5), pero dado el carácter limitado de la misma, cobra especial importancia el párrafo segundo del punto quinto de la transitoria sexta del mencionado Estatuto de Autonomía, donde se establece que "mientras la Generalidad no apruebe el régimen estatutario de sus funcionarios, serán de aplicación las disposiciones del Estado sobre la materia"; es decir, a tenor de esta norma, salvo los puntos regulados por la citada Ley de 4 de junio de 1981, todos los restantes se regían por la legislación de funcionarios estatal y como la citada Ley no aborda directa ni indirectamente la cuestión disciplinaria de los funcionarios, resulta obvio que ella se rige en todo por la normativa estatal contenida en los artículos 87 y siguientes de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y en el Reglamento de Régimen Disciplinario, aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969.

Lo expuesto significa que la legalidad mencionada sólo podía ser alterada por vía reglamentaria, en cuanto a la sustitución del Reglamento citado últi-

mamente por otro, respetando, eso sí, las bases de la normativa establecida en las dos leyes citadas, lo que implica que el primero de los argumentos mencionados en la alegación tercera de esta sentencia no es aplicable por cuanto el Reglamento en sí es factible, en tanto en cuanto sea desarrollo de la legalidad mencionada, pero sin traspasar los límites por ella establecidos, lo cual implica la desestimación de tal alegación, en razón a su carácter pura y estrictamente formalista; pero el establecimiento mismo de la legalidad básica señalada nos conduce al segundo de los problemas mencionados en la tercera de las alegaciones de esta sentencia, el cual ya fue abordado por esta Sala en la suya de 12 de mayo de 1987, estableciéndose la doctrina respecto de la necesidad del informe del Consejo de Estado, de que él sólo es obligatorio cuando existe una norma específica que impone la citada obligatoriedad, lo que determina, caso de inobservancia de ésta, la nulidad del precepto reglamentario; en la citada sentencia se hace un análisis detenido de la cuestión y *aunque es cierto que el Estatuto de Autonomía de Cataluña nada dice al respecto, a diferencia de otros que sí abordan esta cuestión en conformidad con lo establecido por el artículo 23, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, no por ello puede establecerse la falta de necesidad de recabar ese informe por el órgano de Gobierno de la citada Comunidad Autónoma para aquellos supuestos en que él actúa dentro del marco de una determinada legalidad estatal, para establecer el desarrollo de la misma, pues si él es obligadamente necesario para el Estado, no puede la Comunidad Autónoma quedar exenta de tal obligación, cuando, cual en el caso acontece, el órgano de Gobierno de tal Comunidad actúa en la esfera y circunstancias del artículo diez de su propio Estatuto; y como en el caso la consulta era obligatoria para el Estado con arreglo al artículo 22.3 de la Ley del Consejo de Estado, y ello no se cumplió por parte de la Generalidad de Cataluña, pese a la claridad del precepto del artículo 23 de la Ley anteriormente citada, es patente procede,* con revocación de la sentencia de instancia, *declarar la nulidad del Reglamento cuestionado,* estimando para ello el recurso jurisdiccional interpuesto por la expresada Coordinadora, siguiéndose así una corriente jurisprudencial reiteradamente sostenida por esta Sala, de la que es paradigma la Sentencia de la misma de 16 de diciembre de 1986.» *(Sentencia de 18 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2481.)*

4. *Reglamento. Audiencia a organizaciones y asociaciones interesadas. Doctrina general en recurso extraordinario de revisión.*

«*Los otros dos factores concurren igualmente, ya que en definitiva el único aspecto controvertido de la resolución impugnada es el tratamiento que da a la llamada audiencia corporativa prevista en el artículo 130, párrafo 4.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo.* Aquí y ahora hemos de anticipar ya nuestra opinión que considera *preceptiva la intervención de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley,* como expresa el artículo 105, apartado *a),* de la Constitución. Y para exponer nuestras propias reflexiones en torno al tema, vamos a utilizar los que sirvieron de fundamento a la Sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo que lleva fecha 4 de julio de 1987.

Antes de seguir adelante, convenía entonces y conviene ahora traer a colación unas consideraciones del Tribunal Constitucional, según el cual *la "reserva de Ley" que configura en este punto el precepto aludido "no tiene el sentido de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una disposición legal posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata"* —Sentencia 18/1981, de 8 de junio (R. T. Const. 18)—. Por otra parte, *esa audiencia corporativa es una más en la constelación de normas que a lo largo y a lo ancho del texto constitucional van diseñando la imagen de una Admi-*

nistración pública auténticamente democrática y, en consecuencia, el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. Efectivamente, *la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino una manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente* (art. 23), *como lo son también las modalidades de tal principio con reflejo en la justicia* (art. 12). Se configura así una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o "administrados", con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas.

En tal contexto ha de situarse el procedimiento especial para la elaboración de las disposiciones de carácter general que regulaba ya la ley del ramo, según hemos tenido ocasión de exponer más arriba. *El párrafo cuarto de su artículo 130 exigía que se diera la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por ley ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición en proyecto, siempre que fuere posible y la índole de ésta lo aconsejare, salvo cuando se opusieren a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. Las dos cautelas que condicionan esta audiencia y la excepción que justificaría su omisión, aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad, a nuestro entender.* No se nos oculta que tal afirmación contradice otras muy numerosas del Tribunal Supremo, cuyas tres Salas de lo Contencioso-Administrativo calificaron esa participación como "facultativa" —Sentencias de 6 de diciembre de 1966 y 17 de junio de 1970— o de "observancia discrecional" —24 de diciembre de 1964, 6 de marzo y 14 de diciembre de 1972, 25 de septiembre y 17 de octubre de 1973— e incluso como un "consejo sano del legislador" más que un requisito indispensable —7 de noviembre de 1966.

Sin embargo, antes y ahora ha habido opiniones discrepantes, aunque aisladas, en el sentido que aquí se propugna. Nuestra Sentencia de 16 de mayo de 1972 explicó con acierto y precisión que "el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativas de intereses afectados por disposición general... equivale y sustituye al de audiencia de los interesados que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria sino requisito y garantía esencial, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo, y añade a continuación que si bien el párrafo cuarto del artículo 130... comienza diciendo "siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje" al referirse al informe de las entidades interesadas, ... semejante autorización, comprensible como cautela del interés público ante la extrema variedad y el delicado alcance que pueden revestir algunas de las disposiciones generales, no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbitrario o infundado uso, sino que *queda supeditado a lo que el propio párrafo indica al final: "salvo cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto".*

La progresiva tendencia iniciada antes de la Constitución por esta sentencia profética, pero solitaria, debida a la pluma de don José María Cordero de Torres, Magistrado entonces de la Sala Cuarta de este Tribunal, y que tenía como protagonista a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, fue continuada trece años después por otra de la misma Sala, con fecha 18 de diciembre de 1985, con referencia a la Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, siendo Ponente don Angel Martín del Burgo, y una más, ahora impugnada, de 29 de diciembre de 1986. A su vez, la Sala Tercera aceptó la misma perspectiva a partir de su Sentencia de 28 de abril de 1987 (Federación Nacional de Empresarios Carniceros-Charcuteros), ratificándola en otras tres posteriores: 7 de mayo (Asociación Española de Productos Cinematográficos) y 4 de julio de 1987 (Consejo General

de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos), así como la de 23 de marzo del año actual (Comité Olímpico Español, Real Federación Española de Fútbol y Federación Española de Judo y Deportes Asociados).

La Administración Pública tiene encomendada directamente por el texto constitucional la misión de gestionar los intereses generales, "servir" es el verbo que utiliza el artículo 106, incorporando así el significado etimológico de la propia denominación. La "generalidad" de los asuntos que conforman ese ámbito de actuación excluye, pues, por definición, cualquiera otra perspectiva parcial, tanto si proviene de la propia organización burocrática o de sus agentes, como si tiene un carácter sectorial dentro de la sociedad, aun cuando en principio puedan ser absolutamente legítimos. *En el campo de fuerzas de los intereses particulares, individuales o de grupo, la resultante histórica en cada momento conforma el interés público, que no es por tanto mera suma o yuxtaposición, algo cuantitativo, sino más bien una sublimación cualitativa.*

La característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos. Ello constituye el reflejo de dos principios acogidos ambos en la Constitución, uno general, el de igualdad de todos, con múltiples manifestaciones de las que el artículo 14 es sólo núcleo, sin agotarlas. El otro principio es inherente a la concepción contemporánea de la Administración pública, y consiste en el "sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", principio de legalidad (arts. 103 y 9.º). *No rige aquí la autonomía de la voluntad y menos aún el voluntarismo o decisionismo, ni por supuesto la arbitrariedad.*

Un segundo punto de orientación es la *eficacia*, mencionado no sólo como referencia para la actuación administrativa en general, sino también para su vertiente económica (art. 31). Todo lo dicho nos sitúa en *la función del procedimiento como garantía y como instrumento para asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad" de las disposiciones, según frase expresiva incluida en el párrafo que encabeza el procedimiento especial regulado para su elaboración* (art. 129 LPA).

La potestad reglamentaria de la Administración pública, cuyo fundamento directo se encuentra en la Constitución, ha de ejercitarse, pues, dentro de un cauce formal que es, precisamente, aquel procedimiento especial al cual alude el propio texto constitucional (art. 105.*a*), aun cuando su regulación date de veinte años atrás. *En el esquema sencillo y flexible que ofrecen los artículos 129 al 132 de la Ley "ad hoc" existen una serie de trámites, preceptivos todos, a nuestro entender, como exigencias mínimas de una actividad reflexiva, que no impiden otros estudios o asesoramientos cuya necesidad venga predicada por las normas peculiares de cada concreto sector. Entre ellos se encuentra el informe de la Secretaría General Técnica y, por supuesto, la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley.*

En definitiva, la Ley de Procedimiento Administrativo permitía e incluso imponía una lectura de tal exigencia distinta de la que prevaleció, según ha podido comprobarse. La incidencia de la Constitución hace obligada una interpretación de signo progresivo, conforme a sus principios. Ello sitúa como concepto clave el verbo "afectar", trasplantado al artículo 105 del texto constitucional desde el 130 de aquella primera norma legal, en relación con los "intereses de que fueren portadores, a título representativo, las organizaciones, asociaciones o entidades". *La vinculación entre tales intereses y la norma que de alguna manera les afecta reconduce el planteamiento al ámbito de la legitimación activa, si se recuerda que ésta consiste en una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión* (acto o disposición impugnados), *de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo* (beneficio) *o negativo* (perjuicio), *actual o futuro pero cierto*, según lo define nuestra Sentencia de 18 de diciembre de 1974. En este punto del razonamiento queda clara también nuestra discrepancia respecto de la Sentencia 61/1985,

de 8 de mayo (R. T. Const. 61), donde el Tribunal Constitucional opina que "la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones (art. 105.*a*) no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procesales necesarias", pues en tal procedimiento no hay nadie que tenga que ser llamado con ese carácter, afirmación por otra parte más cercana a los *obiter dicta* que a la *ratio decidendi* del caso.

En el que nos ocupa ahora, entre los eventuales afectados por la disposición general proyectada se encontraba la Confederación Nacional Española de Cultivadores de Remolacha y Caña Azucareras en su función de defensa de los intereses de estos agricultores, como asociación sindical nacida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, que debe entenderse íntegramente del concepto de la obsoleta "Organización Sindical" —Sentencias de 14 de marzo y 18 de abril de 1986—, aunque ésta fuera una estructura propia de su época. En suma, *su audiencia en el procedimiento de elaboración de la Orden de 30 de noviembre de 1983, por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, era preceptiva y la omisión de este trámite esencial constituye un vicio radical insubsanable que arrastra la nulidad plena de tal disposición general.*» *(Sentencia de 19 de mayo de 1988, Sala revisión, Ar. 5060.)*

II. Acto administrativo

A) *Desviación de poder.*

Supuesto en que se aprecia la desviación de poder al pretender sancionar como infracciones de tráfico lo que en realidad eran alteraciones del orden público. Doctrina sobre la desviación de poder.

«De lo actuado resulta: *a)* En 22 de noviembre de 1981 son denunciados varios cientos de propietarios de vehículos, y entre ellos los recurrentes, en denuncias individualizadas, haciendo constar en las mismas como causa —y copiamos literalmente— "el circular de forma negligente y temeraria entorpeciendo totalmente la circulación al no respetar las señales de los Agentes, produciendo retenciones de tráfico, paralización del mismo y distrayendo, además, la atención de otros conductores, con el reiterado uso indebido de las señales acústicas". Llevándose a cabo estos hechos entre las cero y las cuatro horas de dicho día, en las calles de Goya, Colón, Castellana, Cibeles, Alcalá, Gran Vía, Plaza de Sspaña, Bailén, Mayor y Sol de esta ciudad. *b)* El Jefe Provincial de Tráfico, basándose exclusivamente en dichas denuncias, impone a cada uno de dichos propietarios una multa de 20.000 pesetas y la suspensión del permiso de circulación durante tres meses, apoyándose en el artículo 283.II del Código de la Circulación, que es confirmada por la Dirección General de Tráfico al desestimar el recurso de alzada interpuesto. *c)* Las sanciones se imponen sin haber sido identificados, realmente, los conductores de los citados vehículos, y presumiendo que lo eran los propietarios de los mismos. *d)* Las sanciones no se imponen por alteración del orden público, sino por infracción de las normas de circulación en vías urbanas en las que el tráfico está regulado por disposiciones municipales, siendo la Autoridad competente para imponerlas el Delegado de Servicios que tenga atribuida tal competencia, por imperativo del artículo 277.II del Código de la Circulación. *e)* Los hechos relatados tuvieron lugar después de una manifestación celebrada el mismo día, y que había sido autorizada por el Gobernador Civil de Madrid, a petición de la Confederación Nacional de Excombatientes. *f)* Las denuncias son formuladas por Agentes de la Policía Nacional de la Brigada Re-

gional de Seguridad Ciudadana, que habían sido distribuidos por las calles mencionadas y otras de Madrid, que se limitaron a tomar nota de los cientos de vehículos que circulaban por ellas en las horas citadas. Muchas de estas denuncias tuvieron que ser dejadas sin efecto por errores en los números de matrículas o repetición de ellos. *g)* Las sanciones se impusieron a pesar de que los sancionados negaron los cargos, no permitiéndose prueba alguna por la Administración cuando éstos lo solicitaron en el Pliego de Descargos. *h)* Las sanciones se basan en idénticos hechos y en la misma cuantía a todos los denunciados, sin hacer distinción entre ellos. *i)* Interpuesto recurso contencioso-administrativo, alegando infracción de los artículos 277.1, 282 y 289 del Código de la Circulación, así como desviación de poder por parte del Organo administrativo, se estima en parte, y en el sentido de mantener las multas y dejar sin efecto la suspensión del permiso de conducir, por entender que de "los hechos relatados en el Boletín (denuncia) no puede deducirse la existencia de conducta negligente, temeraria o creadora de peligro, sino únicamente la existencia de una infracción reglamentaria sancionada con multa". Esta sentencia no es apelada por la Administración.

A mayor abundamiento, y de cara a la desviación de poder, que también se alega por los recurrentes, conviene precisar, ante todo, que constituye doctrina de este Alto Tribunal de Justicia: "que esta infracción, consagrada a nivel constitucional en el artículo 106.1 de nuestra Ley Fundamental, en relación con lo dispuesto en el artículo 103.1, viene definida en el número 3 del artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción 'como el ejercicio de potestades administrativas con fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico', precepto interpretado por la Jurisprudencia en el sentido de que supone un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad, por no responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad, exigiéndose para que su existencia pueda ser tenida en cuenta que se acredite que el acto *impugnado se aparte del fin* o designio *que persigue la norma que aplica*, implicando una *desviación* finalista entre el *Ordenamiento jurídico y la actividad administrativa, al perseguir ésta fines distintos de los previstos por aquél*" —Sentencia de 11 de abril de 1986—, afirmando también que "no ha de fundarse en meras presunciones ni en suspicacias y especiosas interpretaciones del acto de autoridad, sino en hechos concretos, siendo menester una demostración clara y palmaria de que el ejercicio de las potestades administrativas se verificó torcidamente sin consideración al motivo o finalidad preestablecida para el bien o el interés público, debiendo desprenderse la prueba de la desviación de poder de actos comprobados de los que pueda deducirse la intencionalidad torcida o desviada hasta formar una convicción indubitada en el juzgador, pues teniendo en cuenta que en virtud del principio *pro acti* de legalidad de los actos administrativos como presunción *iuris tantum* de que la Administración actúa siempre de buena fe y con arreglo a derecho, contra tal presunción no pueden oponerse meras conjeturas o sospechas, sino que haya que acreditar, con seguridad, el apartamiento del órgano causante de la desviación del cauce jurídico, ético o moral que está obligado a seguir" —Sentencia de 13 de octubre de 1986—, que supone un ánimo predeterminado de utilizar la facultad de obrar con fuerza de obligar que los Organos de la Administración ostenten, *orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos concretamente por la motivación legal*, al perseguir aquéllos unos fines distintos de los prevenidos en éste —Sentencia de 30 de junio de 1986—, que la *desviación de poder* es una figura de legalidad estricta y no de moralidad administrativa, por lo *que cabe perfectamente que se persiga una finalidad de interés público no inconfesable, y que a pesar de ello se produzca el mencionado* vicio —Sentencia de 13 de junio de 1987—, que la desviación de poder ha sido interpretada, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1979, 6 de octubre de 1980, 8 de mayo de 1981 y 13 de junio de 1984, en el sentido de que supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de

nulidad por no responder en sus motivaciones internas al sentido teleológico de la actitud administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad, y que la prueba de la misma ofrece normalmente dificultades insuperables, por lo que es suficiente *que se establezca una duda razonable de su existencia* —Sentencia de 31 de mayo de 1986—, que la desviación de poder puede aparecer como desviación de procedimiento si, con el objeto de obtener una finalidad pública, se utiliza un procedimiento que no es el específicamente previsto por la Ley —Sentencia de 4 de abril de 1972—, y que "es un paralogismo mantener la incompatibilidad entre la desviación de poder y la legalidad externa del acto, pues aun ajustándose este último a la Ley, puede coexistir con esta legitimidad aparente, el uso indebido de la potestad administrativa, por no ir encaminada al fin que la justifica" —Sentencia de 1 de abril de 1976.

Examinados los hechos expuestos en el primer razonamiento de esta sentencia a la luz de la doctrina jurisprudencial recogida en el razonamiento tercero de la misma, sobre la desviación de poder, la conclusión a que esta Sala ha de llegar no puede ser otra que se dio esta desviación en el actuar de la Administración, sin que pueda calificarse esto como inconfesable. Y ello, porque las multas impuestas no lo fueron por alteraciones del orden público, que, a primera vista, sería lo procedente, sino por infracción del Código de la Circulación, conociendo la autoridad que las impuso que la competencia para la ordenación de la circulación de vehículos de motor dentro de las vías urbanas era municipal, como ha tenido ocasión de declarar la Sentencia de 13 de julio de 1987, y, por tanto, con una finalidad distinta a la que correspondía. Y porque el procedimiento empleado para efectuar las denuncias, atendido el número de ellas, la calificación de los hechos, la indiscriminación de las sanciones impuestas y hasta la vulneración del principio de presunción de inocencia y del de la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución, supone el uso de una normativa y una actuación de la Administración para un fin distinto al previsto en el ordenamiento jurídico.» *(Sentencia de 25 de marzo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 2516.)*

B) *Ejecutividad.*

Suspensión. La organización y racionalización de los servicios de las Administraciones Locales, y la mayor eficacia de la Administración, son razones de interés general que justifican la suspensión del nombramiento de un funcionario de una Mancomunidad sometida a un proceso de reestructuración.

«Una determinada Mancomunidad de Ayuntamiento de Navarra procedió a la convocatoria de la plaza de Secretario. Celebrada la oposición, hizo el correspondiente nombramiento en favor del opositor que obtuvo la plaza. Los dos actos administrativos referidos fueron impugnados por la Comunidad Foral. La ejecución de ambos actos fue suspendida por la Sala Territorial. El segundo de los autos de suspensión es objeto de la presente apelación.

Para acordar la suspensión de que se trata el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta que "el nombramiento efectuado podría afectar negativamente a los intereses generales si efectivamente la actuación municipal hubiera excedido de sus competencias". Hay que indicar que, según resulta de las alegaciones efectuadas por las partes, en una Norma del Parlamento Foral de Navarra se dispuso una reestructuración de Agrupaciones Forzosas de Ayuntamientos para servirse de un solo Secretario, y como medida cautelar, y en

desarrollo de dicha Norma, se prohibió cubrir la plaza de Secretario a los Ayuntamientos o Agrupaciones de menos de 1.000 habitantes. Sin duda, estos intereses generales representados por la reestructuración a que se ha hecho referencia son los contemplados por la Sala Territorial en el Auto a que se refiere la presente apelación.

Las alegaciones que apoyan las pretensiones que se examinan no pueden acogerse; sabido es que, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de esta Jurisdicción, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión, *se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución. Ya se ha indicado que está prevista una reestructuración de Agrupaciones Forzosas de Ayuntamientos a los efectos de que se sirvan de un solo Secretario; la puesta en práctica de dicha reestructuración podría verse afectada por la ejecución del acto administrativo en cuestión. Incide, por tanto, dicha ejecución en la organización de las Administraciones Locales, en la racionalización de sus servicios y, en definitiva, en la mayor eficacia de la Administración. Existen, pues, razones de interés general que exigen la suspensión de que se trata.* Por otro lado, no aparecen afectados los intereses de la Mancomunidad apelante con la indicada suspensión, ya que, según expuso aquélla en la primera instancia, la persona en la que recayó el nombramiento litigioso venía desempeñando la plaza como contratado.» *(Auto de 24 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2288.)*

C) *Notificación.*

No es correcta la notificación que la Administración del Estado efectúa a un Ayuntamiento en la sede de una fundación pública dependiente de éste, pero con personalidad propia.

«Son antecedentes de este recurso: primero, que por la Inspección Provincial de Trabajo se levantó acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social al Ayuntamiento de Barcelona, que fue notificada el 9 de noviembre de 1983 en la calle de Lesseps, núm. 12, sede del Patronato Municipal de la Vivienda, que es una institución del Ayuntamiento constituida en forma de fundación pública con personalidad jurídica y patrimonio especial; segundo, que hasta el 21 de diciembre de 1983 no consta haberse recibido en el Registro General del Ayuntamiento la copia del acta, presentándose dos días después escrito de impugnación contra la misma, que no fue admitido por el Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social al entender que había transcurrido el plazo de quince días previsto para presentarlo por el artículo 23 del Decreto 1860/75, de 10 de julio; tercero, lo resuelto por el Director Provincial fue recurrido en reposición por el Ayuntamiento, dando lugar al acto administrativo impugnado, de 23 de marzo de 1984, en el que aquél ratifica el criterio mantenido con anterioridad, sobre la presentación extemporánea del escrito de impugnación y ofreciendo frente a dicho acuerdo el recurso contencioso-administrativo, que, interpuesto por el Ayuntamiento, dio lugar a la sentencia apelada, en la que se anuló lo actuado para que se tuvieran por deducidas en tiempo oportuno las alegaciones formuladas por el Ayuntamiento contra el acta y se continuara la tramitación del expediente con arreglo a Derecho.

Desde el estricto punto de vista de si el escrito de impugnación del acta fue presentado por el Ayuntamiento dentro de plazo, la cuestión se centra en si éste resulta legalmente notificado en la fecha en que su contenido fue comunicado en la sede del Patronato Municipal de la Vivienda o si, por el contrario, sólo es posible apreciar que el efecto de dicha comunicación se produjo a partir de su entrada en el Registro General del Ayuntamiento, cuestión que ha de resolverse, de acuerdo con la sentencia dictada en primera instancia, en el sentido últimamente indicado, ya que, como establece en el

artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se notificarán a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses, lo que impide de todo punto asimilar la notificación al Patronato con una hecha al Ayuntamiento, al tratarse de personas jurídicas distintas, sin que a ello obste que en otras ocasiones éste se hubiera dado por notificado a partir de la comunicación practicada a aquél, ya que se trata de una facultad que corresponde al interesado en los casos de notificaciones defectuosas (art. 79.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Tampoco puede entenderse que el Patronato venía obligado a transmitir la notificación al Ayuntamiento, dada su relación con el mismo. Sin desconocer la posibilidad de dicha obligación, que, al parecer, efectivamente cumplió, sin embargo, su eficacia es necesario referirla a la fecha en que consta su cumplimiento por el sello del Registro General, ya que para que pudiera referirse a la fecha de la comunicación al Patronato tendría que haberse dirigido al domicilio del Ayuntamiento, en el hipotético caso de que el artículo 80.2 de la Ley citada fuere susceptible de ser aplicado a los supuestos de diversidad de personas jurídicas.

Lo anteriormente reseñado lleva a desestimar el recurso de apelación.» *(Sentencia de 13 de abril de 1988, Sala 5.ª, Ar. 3324.)*

III. CONTRATOS

Supuesto de prórroga tácita, determinada por actos concluyentes de la Administración, que impide considerar en mora al contratista y le mantiene en su derecho a la revisión de precios.

«Precisamente en esta línea la Administración se opone a la revisión de precios solicitada alegando el retrato en la terminación de las obras y señalando que aunque la demora sea debida a causas inimputables al contratista se pierde el derecho a la revisión si no se ha solicitado y obtenido prórroga "expresa".

Es de subrayar, ante todo —folio 172 del expediente administrativo—, que la Administración reconoce que los trabajos que constituían el objeto del contrato de obras litigioso se iniciaron y continuaron al ritmo previsto, pero que al llegar a la planta de Radiología no pudo el contratista ajustarse a los programas establecidos para no paralizar el funcionamiento de dicho servicio y también porque "el montaje de los aparatos de radiología, ajeno a la contrata, se llevó a cabo con gran lentitud". Otorgada prórroga, "la lentitud con que la casa instaladora de los aparatos de Radiología llevaba a cabo su cometido llegó a provocar en distintos momentos la paralización de las actividades de la empresa constructora", expresando ésta su disconformidad y siendo todo ello conocido por el arquitecto director de las obras.

Ya en este punto ha de advertirse que *no puede atribuirse a la prórroga "expresa" la trascendencia de un requisito formal inexcusable. Bastará recordar al respecto la figura de la prórroga tácita, cuya viabilidad es clara sin más que aplicar la doctrina clásica respecto de las formas de declaración de la voluntad los actos concluyentes de la Administración pueden evidenciar la existencia de una prórroga* —así, Sentencias de 21 de julio de 1986 y 2 de octubre de 1987.

En el supuesto litigioso el pequeño retraso en la terminación de las obras se ha debido a hechos perfectamente conocidos por la Administración e incluso imputables a la misma, que no impulsó de forma eficaz la instalación de los aparatos de Radiología. Resulta contrario a la buena fe negar el derecho a la revisión de precios a un contratista, reconocido expresamente como diligente —se subraya "el espíritu de colaboración demostrado", folio 173—, *en razón de un retraso absolutamente independiente de su voluntad.*

Y no cabe pensar que la no solicitud de prórroga podría implicar una renuncia a ésta —art. 140, párrafo tercero, del Reglamento General de Contratación—, pues en realidad resultaba innecesaria aquella solicitud, dada la conducta desarrollada por la Administración con pleno conocimiento del retraso y de sus causas.» *(Sentencia de 29 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2492.)*

IV. Expropiación forzosa

Reversión. Se aplica el instituto de la reversión a un supuesto en que no existió formalmente una previa expropiación forzosa, aunque sí una cesión impuesta coactivamente a favor del ente administrativo.

«Los hechos antes relatados ponen de relieve que imperativamente el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Cáceres, motivado por un oficio del Jefe del Aeródromo de dicha ciudad, compelió a los propietarios de los terrenos contiguos al Aeródromo Militar a ceder los que por "la Autoridad de aviación" se señalasen como necesarios para la ampliación del aludido Aeródromo, encontrándose entre ellos los sitos en el paraje denominado "La Cañada", propiedad de los herederos de don Adolfo G. C., los cuales fueron puestos a disposición del Ayuntamiento de Cáceres por don Eugenio G. M., en representación de la viuda e hijos de don Adolfo G. C., en comparecencia llevada a cabo en el despacho del señor Alcalde del Ayuntamiento de Cáceres, para la cual fuera previamente requerido por el señor Alcalde, recogiendo el Acta levantada en la Casa Consistorial el 14 de diciembre de 1936 las manifestaciones hechas por don Eugenio G. M., según las cuales reconoce poseen él y sus representados una de las parcelas que el Ayuntamiento había acordado ofrecer a Aviación Militar para ampliar el Aeródromo de la ciudad de Cáceres, parcela de una extensión de 18 fanegas, cercadas totalmente por orden de don Adolfo G. C., solicitando, después de exponer la situación precaria por la que atraviesa su familia, que su precio se fije por un perito que hiciera una tasación justa, figurando en el expediente administrativo dos mandamientos de pago, de 7.500 pesetas cada uno, por los que se manda por el Alcalde de Cáceres al Depositario de los Fondos municipales satisfacer tales cantidades a los herederos de don Adolfo G. C., en concepto de pago de un terreno cercado de su propiedad, sito en la Cañada Baja, inmediaciones del campo de Aviación, que se adquirió por la Corporación para su ampliación, importe que corresponde a la valoración de dichos terrenos, según el informe del señor Arquitecto Municipal, mandamientos de pago que aluden a los Acuerdos de la Comisión Gestora de 9 de diciembre de 1936 (el que hace referencia a expropiar los terrenos que fuesen necesarios para la ampliación del Aeródromo Militar de Cáceres), 12 de enero de 1938 y 14 de igual mes y año.

La cesión al Ayuntamiento de Cáceres de los terrenos propiedad de los herederos de don Adolfo G. C., que en la actualidad se encontraría comprendida en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, a tenor de lo prescrito en su artículo 1.º y en el de igual numeral de su Reglamento, al implicar una privación singular de la propiedad privada acordada imperativamente, es de calificarla con arreglo a la legislación vigente en el tiempo en que se llevó a cabo, como una enajenación forzosa por causa de utilidad pública, impuesta mediante un acto de imperio por el Alcalde de Cáceres, que deliberadamente y previo unánime acuerdo de los Gestores del Ayuntamiento que presidía, en unas circunstancias en que la seguridad jurídica se encontraba enturbiada, requirió la cesión de dichos terrenos al Ayuntamiento para ampliar el campo de Aviación Militar de Cáceres, lo que supuso, no obstante la cantidad de dinero que por el terreno de referencia decidió pagar la Presidencia del Ayuntamiento —lo más pronto que sea posible—, un sacrificio para los herederos del señor G. C., que paralelamente se tradujo en un beneficio para el Ayuntamiento de Cáceres, cesión cuyo carácter, dada la for-

ma y modo en que tuvo lugar, se ve reflejada por la segunda de las acepciones que el diccionario de la Academia de la Lengua da a la palabra "ceder", rendirse o sujetarse, y no otra cosa pudieron hacer los herederos de don Adolfo G. C. ante la invitación hecha por el Alcalde cacereño referente a ceder la propiedad de unos terrenos que poseían en las inmediaciones del campo de Aviación de Cáceres, que rendirse ante la misma, cesión que revistió, al menos en apariencia, los requisitos que exigia el artículo 3.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879, para que fuese considerada como una expropiación forzosa. Sin que pueda esgrimirse con éxito las irregularidades que acompañaron a las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Cáceres, para privar a los herederos de don Adolfo G. C. de los terrenos que poseían en las inmediaciones del antiguo campo de Aviación de Cáceres, en el paraje denominado La Cañada, para negar a las mismas de su naturaleza expropiatoria, impidiendo como consecuencia que deje de surtir efectos la privación que de los precitados terrenos fue impuesta a los herederos del señor G. C., terrenos que fueron inscritos en el Registro de la Propiedad de Cáceres a nombre del Ayuntamiento de dicha ciudad, no por haberlos adquirido a través de un contrato de compraventa, como se dice en el dictamen de la Comisión del Patrimonio del Ayuntamiento de Cáceres, que acoge su Pleno, para desestimar la petición de su reversión formulada por los señores G. M., sino, al amparo de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento, por pertenecerle, desde tiempo inmemorial, según resulta del Libro de Inventarios de los bienes de dicho Ayuntamiento "sin que posea título de adquisición ni del modo como fueron adquiridos haciéndose constar que se destinan a aprovechamiento comunal", según se dice en la certificación del Interventor de Fondos, expedida con el visto bueno del señor Alcalde del Ayuntamiento de Cáceres, inscripción con la que parece se pretende acomodar a derecho, con actuaciones posteriores, la detentación de un bien adquirido por el Ayuntamiento extralimitándose de sus prerrogativas.

El hecho de no haberse cumplido por el Ayuntamiento de Cáceres todos los requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico, vigente a la sazón, para privar a una persona de su propiedad por causas de utilidad pública, no empece a que no debe ser considerada la privación de los terrenos poseídos por los herederos de don Adolfo G. C., hecha por el Ayuntamiento de Cáceres para la ampliación del campo de Aviación de dicha ciudad, como un supuesto de expropiación forzosa, que al no ejecutarse la obra que en principio la justificó, autorizaba al expropiado, a tenor de lo prescrito en el artículo 43 de la Ley de 10 de enero de 1879 y 72 de su Reglamento, a recobrar el bien objeto de la expropiación; derecho de reversión en la actualidad reconocido por el artículo 54 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa y 63 y siguientes de su Reglamento, reversión que, según viene declarando esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 5 de noviembre de 1960, 6 de diciembre de 1962, 27 de abril de 1964, 16 de mayo de 1972, 20 de febrero de 1978 y 9 de febrero de 1984, es un derecho autónomo, nuevo, que no es continuación del expediente expropiatorio anterior, que procede en los casos que establece la vigente Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, aunque la expropiación se hubiera consumado antes de su entrada en vigor. No constituyendo obstáculo para que la reversión pueda practicarse y adquiera efectividad, la protección a terceros dispensada en los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, siendo al respecto de tener presente lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957.

Indiscutido que el campo de Aviación para cuya ampliación se privó de los terrenos que poseían los herederos de don Adolfo G. C. no se llevó a cabo, habiendo desaparecido, por tanto, la afectación de los mismos a la obra o servicio que motivaron su expropiación por parte del Ayuntamiento de Cáceres, procede dar lugar a la reversión de los mismos, solicitada por los señores G. M., previo el cumplimiento de los requisitos legales a pagar.» *(Sentencia de 10 de marzo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4142.)*

V. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Autonomía. Suspensión de los efectos de una licencia urbanística. Constitucionalidad del artículo 186 de la Ley del Suelo.*

«*La competencia del Estado, y de las Comunidades Autónomas que la hayan asumido en virtud de sus estatutos de autonomía y transferencia de competencias, como es el supuesto de Galicia, según el artículo 27.3 de su Estatuto de Autonomía de 6-4-81 y Decretos de 26-1-79, en materia de urbanismo, según la vigente Ley del Suelo, texto refundido de 9-4-76, por la que se le confieren numerosas facultades en relación con la aprobación y gestión del planeamiento urbanístico y en los actos de su ejecución, así como la competencia subrogatoria general del artículo 5.4, legitiman la intervención de la Comunidad Autónoma de Galicia en el control de legalidad de los acuerdos y actos de las entidades locales de su territorio, y es compatible con el principio de la autonomía municipal y provincial* proclamado en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución, *ya que en esa parcela del ordenamiento jurídico inciden por razones de coordinación y del principio de jerarquía normativa del planeamiento urbanístico intereses locales y generales de competencia de las Comunidades Autónomas, artículo 148.3 de esta norma fundamental.*

Siendo de la competencia de la Comunidad Autónoma Gallega las facultades atribuidas a los órganos del Estado por la Ley del Suelo, la problemática relacionada con su ejercicio mediante la suspensión de los acuerdos y actos interrelacionados del Ayuntamiento de Verín y Diputación Provincial de Orense relativos a la construcción meritada y apertura y pavimentación de unas calles cercanas al proyectado Pabellón Deportivo, debe ser resuelta en el sentido de que esa intervención, compatible con el principio de autonomía de las Corporaciones Locales, según Sentencias del Tribunal Constitucional de 2-2-81 (R. T. Const. 4) y 29-4-81 (R. T. Const. 14), cuando incidan intereses del Estado, de carácter general se hizo conforme a Derecho desde la vertiente competencial del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia, condicionada la suspensión al inicio del proceso especial de revisión jurisdiccional del artículo 118, al que se remite el artículo 186 de la Ley del Suelo, a cuyo efecto procede afirmar que *no pugna con la Constitución la vigencia de ese artículo cuando las facultades de suspender se ejerzan en relación con licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya una infracción grave y manifiesta del ordenamiento urbanístico, sin que la Autoridad Gubernativa o de la Comunidad Autónoma tenga que acudir al procedimiento regulado en el artículo 8.º de la Ley 28-X-81, hoy artículos 63, 64, 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2-4-85, que no derogó, dado el carácter específico de la Ley del Suelo, el régimen jurídico de suspensión e impugnación de los acuerdos sobre materia de urbanismo de las Corporaciones Locales que comprende la suspensión de los actos y acuerdos que infrinjan el ordenamiento urbanístico, concretamente cuando además de esa circunstancia concurre la de ser grave aquélla y manifiesta si se trata de licencias u órdenes de ejecución, artículo 186, habiéndose esta Sala pronunciado en este sentido. Sentencias de esta Sala de 20-6-83, 15-6-83, 16-5-84, 2-1-85 y 5-11-86, entre otras, que conforman un cuerpo de doctrina jurisprudencial acorde con la Constitución, artículo 148.3.º, respecto a las competencias atribuibles a las Comunidades Autónomas y las ya transferidas a las mismas en materia de urbanismo, que por su naturaleza demandan el control de legalidad del órgano competente de la Comunidad Autónoma sin que sea preciso la existencia de una Ley que así lo disponga de la Comunidad; control de legalidad que hace posible la coordinación entre los Planes de Urbanismo y su ejecución de las diversas entidades locales, que no pueden actuar como entes territoriales estancos y separados, y su conformidad con las normas de planeamiento de superior jerarquía.*» *(Sentencia de 27 de mayo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4512.)*

B) *Competencias. Beneficencia. Pese a no estar incluida esta materia en el artículo 26 de la LBRL, debe entenderse como competencia municipal, al constar así en la Ley de 1955, derogada tan sólo en lo que se oponga a la Ley de Bases de 1985.*

«*Cuestión distinta es la relativa a la supresión de este beneficio por virtud de la nueva Ley de Bases de Régimen Local,* cuyo artículo 26, efectivamente, no alude a la beneficencia como una de las competencias atribuidas a los municipios; *esto no obstante, la disposición derogatoria de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, afecta al texto articulado y refundido, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, sólo en cuanto se oponga, contradiga o resulte incompatible con sus pronunciamientos, pero no en lo demás, por lo que siendo la obligación impuesta a los Ayuntamientos, en este sentido, compatible con las competencias del citado artículo 26 de la Ley 7/1985, no hay razón para entenderla excluida,* máxime cuando por el momento este servicio dejaría completamente desguarnecido al sector más necesitado de la sociedad, mientras no sea asumido por la Seguridad Social u otras instituciones de naturaleza asistencial análoga.» *(Sentencia de 22 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4756.)*

C) *Mancomunidad. Basta el acuerdo de los Ayuntamientos para su constitución, sin que pueda admitirse la imposición de una aprobación por un órgano de la Comunidad Autónoma. Dicha exigencia de aprobación se opone al principio de autonomía local tal y como se ha concretado en la LBRL.*

«La presente apelación fue promovida contra la sentencia de la Sala Tercera de la Jurisdicción de Barcelona, desestimatoria del recurso número 779 de 1986, interpuesto por el Letrado del Estado contra el Decreto de la Generalidad de Cataluña de 3 de abril del propio año 1986 (R. CC. AA. 1555), en cuya virtud se aprobó la Mancomunidad Intermunicipal Voluntaria de los municipios de Osona Nord y Ripollés Sud, aduciéndose por el defensor de la Administración, para basamentar esta alzada, que la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, no atribuye competencia alguna a la Generalidad en la materia sobre que versa el acto impugnado, la cual, sin embargo, es residenciada en los propios municipios al reconocérseles expresamente el derecho de asociarse en Mancomunidades.

El artículo 44 de la precitada Ley reconoce, efectivamente, a los municipios el derecho de constituir Mancomunidades, determinando, en orden al procedimiento de aprobación de los Estatutos de aquéllas, que se regulará por la legislación de las Comunidades Autónomas, la cual en todo caso ha de establecer que la elaboración corresponderá a los concejales de la totalidad de los municipios constituidos en Asamblea, que la Diputación o Diputaciones Provinciales han de emitir informe y que los Plenos de todos los Ayuntamientos aprobarán los Estatutos, en tanto que el 47 exige mayoría absoluta para la creación, modificación o disolución de las Mancomunidades, así como para la aprobación y modificación de sus Estatutos.

Las normas referidas en el párrafo anterior, interpretadas gramatical, lógica e históricamente, acreditan suficientemente que la competencia para la aprobación, tanto de la propia constitución de las Mancomunidades como de los Estatutos que han de regirlas, se residencia exclusivamente en los Plenos de los respectivos Ayuntamientos, sin que en modo alguno se reserven atribuciones en orden, repetimos, a la aprobación de la Mancomunidad y de sus Estatutos a las Comunidades Autónomas, siendo ésta la razón determinante de que ya de principio, y sin perjuicio de cuanto diremos a seguido, no podamos compartir el criterio manifestado por el Tribunal *a quo* en la sentencia

apelada, pues de otra parte no cabe desconocer que el reenvío que se hace a la legislación de las Comunidades Autónomas para que en ella se regule el procedimiento de aprobación de los Estatutos de las Mancomunidades, no desvirtúa nuestra anterior afirmación, en cuanto que aquél se limita exclusivamente al aspecto adjetivo o procedimental en relación con los Estatutos, sin que resulte afectada la competencia material para la aprobación de los mismos, y para la decisión final, constitutiva de la Mancomunidad, reconocida a los municipios (art. 44.1 de la Ley 7/85) y que es desarrollada por los respectivos Ayuntamientos con el quórum especialmente previsto.

La interpretación efectuada en la motivación precedente se consolida y refrenda en contemplación de lo dispuesto en el artículo 35 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, a cuyo tenor "los acuerdos aprobatorios de la constitución y Estatutos de las Mancomunidades deberán adoptarse por cada Ayuntamiento", pues si aquel texto refunde las disposiciones legales vigentes, resultando en definitiva legal y auténtica interpretación, y atribuye en exclusiva a los respectivos municipios la aprobación de la constitución de la Mancomunidad y de los Estatutos por los que ha de regirse, resulta evidente que con el positivo acuerdo de los Ayuntamientos queda constituida a todos los efectos la Mancomunidad voluntaria, sin necesidad de refrendo posterior.

La conclusión obtenida a medio de los razonamientos anteriores, no queda enervada ni desvirtuada por las alegaciones articuladas por la representación procesal de la Generalidad de Barcelona, por cuanto: A) la tan repetida Ley 7/85 modificó y derogó la ordenación preconstitucional para garantizar la autonomía de los municipios proclamada en el artículo 140 de la Constitución, quedando, pues, sin efecto las funciones que la anterior legislación encomendaba a la Administración del Estado en relación con las Corporaciones Locales y, por ende, las asumidas, en su caso, por las Comunidades Autónomas como consecuencia de las oportunas transferencias; B) la aprobación cuestionada no se produce en un estricto plano formal, bastando al efecto observar que se aprueba la constitución de la Mancomunidad y los Estatutos, advirtiendo que no puede reputarse producido un vacío legal esencial, toda vez que la propia Ley determina las reglas esenciales para la regular constitución de las Mancomunidades, sin perjuicio de que la legislación de la Comunidad Autónoma pueda explicitar o desarrollar, cual antes decíamos, aquellas reglas esenciales atinentes a la aprobación de los Estatutos, en el orden meramente procedimental; C) la iniciación del expediente con arreglo a la legislación preconstitucional no constituye obstáculo para que su resolución se efectúe con arreglo a la nueva normativa, ajustada a la Ley Suprema; antes bien deviene procedente, pues la misma había cobrado ya vigencia y no se incurre con ello en retroactividad prohibida, y D) la asunción por la Generalidad, con carácter definitivo, de los servicios que ya le habían sido traspasados desde el 29 de septiembre de 1977, según se establece en la disposición transitoria sexta, y la efectiva transferencia de competencias producida por el Real Decreto 2115/87, resulta en fin y como apuntábamos con anterioridad inoperantes, ante la nueva regulación legal promulgada en armonía con la Constitución.» *(Sentencia de 1 de junio de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4465.)*

D) *Fundación pública de servicio. Naturaleza jurídica: posee personalidad jurídica propia, pero debe reconocérsele carácter de simple órgano en sus relaciones internas.*

«La denegación por parte de la Administración Central de la subvención se apoya en el número 2, punto 5, de la Orden Ministerial de 28 de noviembre de 1983, que impone como condición ineludible para la concesión de la ayuda el que se "facilite media pensión (comida) a los niños asistidos, con servicio de cocina propia". Y como quiera que en el caso objeto de esta ape-

lación la fundación solicitante de la ayuda la comida se elabora en las cocinas del Ayuntamiento de Barcelona, el presupuesto de hecho —tener cocina propia— que exige la norma reglamentaria estatal no se cumple. Esta es la interpretación del Ministerio de Trabajo y la del Letrado del Estado, que apela la sentencia de primera instancia.

Pero esta Sala de apelación no comparte *esta literalista interpretación que desconoce la verdadera naturaleza que liga a una Administración matriz con los entes institucionales que de él dependen, y que, además, desconoce la condición de verdadero sistema que constituye la Administración municipal. Porque es el caso que el Patronato de que se trata es una fundación pública dependiente del Ayuntamiento de Barcelona. En consecuencia, es necesario alzar el velo de la personalidad jurídica para apreciar la auténtica relación que une al Ayuntamiento con las fundaciones públicas que de él dependen, que es una relación fiduciaria, en virtud de la que el ente matriz —Ayuntamiento de Barcelona— "confía" al Patronato la realización de una finalidad concreta: guardería infantil. La personalidad de la fundación, por más que sea un instrumento útil de cara a facilitar una más ágil gestión, no puede hacer perder de vista el carácter de simple órgano que en las relaciones internas tiene aquélla.* En consecuencia, la cocina del Ayuntamiento es cocina del Patronato y de las demás organizaciones —personificadas o no— dependientes de aquél. Por donde, la confirmación de la sentencia se impone.» *(Sentencia de 9 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 5319.)*

VI. Colegios Profesionales

Ilegalidad del artículo 25.1.a) del Estatuto General de la Abogacía. La imposibilidad de ejercer la profesión de abogado por impago de las cuotas de la Mutualidad General de Previsión es una medida que infringe el principio de proporcionalidad y excesiva en relación a la finalidad perseguida.

«*En el supuesto litigioso se discute un tema relativo al ejercicio de una profesión titulada, materia reservada a la Ley por el artículo 36 de la Constitución* —Sentencias del Tribunal Constitucional 83-1984, de 24 de julio (R. T. Const. 83), y 42-1986, de 10 de abril (R. T. Const. 42)—; *admitida, desde luego, la corrección de la remisión normativa contenida en la Ley 2-1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, es clara la rigurosa sumisión de los Estatutos a dictar en virtud de la misma al principio de la proporcionalidad.*

Se ha discutido en estos autos la validez del artículo 25.1.*a)* del Estatuto General de la Abogacía de 24 de julio de 1982, que prescribe que la condición de colegiado se perderá por dejar de satisfacer, dentro de los plazos señalados, tanto las cuotas ordinarias o extraordinarias acordadas como las demás cargas colegiales a que viniere obligado, "entre ellas las de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía". El debate procesal, como ya se ha dicho, se refiere precisamente a la pérdida de la condición de colegiado del en su día demandante por impago de las cuotas de la Mutualidad.

Es de advertir que la Ley 2-1974 —art. 3.º, 2— exige la colegiación para el ejercicio de las profesiones tituladas, exigencia ésta de cuya constitucionalidad no puede dudarse —Sentencia del Tribunal Constitucional 169-1985, de 13 de diciembre (R. T. Const. 169), y de esta Sala de 1.º de abril de 1986—. *Ello implica, pues, que el artículo 25.1.a) atribuye al impago de las cuotas mutuales la consecuencia jurídica de la imposibilidad del ejercicio de la profesión de Abogado.*

Así las cosas, en relación muy especialmente con las alegaciones hechas por el apelado en el recurso que formuló en vía administrativa, hay que

preguntarse si existe la adecuada proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el medio utilizado para obtenerla.

Ciertamente, dentro de los fines colegiales —art. 5.º, *j)*, de la Ley 2-1974— figura el de "organizar actividades y servicios comunes para los colegiados de carácter... asistencial y de previsión, proveyendo al sostenimiento económico mediante los medios necesarios". Asimismo, el artículo 6.º, 3, *f)*, remite a los Estatutos Generales la regulación del "régimen económico y financiero y fijación de cuotas y otras percepciones... para asegurar el cumplimiento de los fines colegiales". *Es clara, pues, en virtud de la remisión legal, la aptitud de los Estatutos para regular tanto la Mutualidad de Previsión como los medios económicos con que ésta ha de contar.*

Pero lo que se discute es la proporcionalidad del medio elegido para asegurar u obtener el pago de las cuotas mutuales no colegiales: a una determinada conducta —impago de las cuotas mutuales— *el artículo 25.1.a) del Estatuto General liga la consecuencia de impedir el ejercicio profesional de la Abogacía, es decir, para obtener un fin que es el cobro de aquellas cuotas, para impulsar a pagarlas se utiliza un medio que es el establecimiento por vía reglamentaria de un obstáculo que impide el ejercicio profesional. Tal medida resulta desproporcionada y excesiva en relación con la finalidad perseguida: el cobro de las cuotas mutuales puede obtenerse por otros cauces mucho menos onerosos y perjudiciales para el colegiado. Y, al propio tiempo, no puede olvidarse que en el ámbito de una materia reservada a la Ley la desproporcionada medida que se indica viene establecida por una vía reglamentaria y sin base clara y terminante en la Ley que contiene la remisión que hace viable el complemento reglamentario.» (Sentencia de 30 de abril de 1988, Sala 4.ª, Ar. 3294.)*

VII. DEPORTE

Federación deportiva: naturaleza y régimen jurídico. Carácter bifronte e impugnación ante la justicia administrativa de los actos que se estiman dictados por delegación de la Administración.

«Del conjunto de normas contenidas en la Ley de 31 de marzo de 1980, General de la Cultura Física y del Deporte, cuyo objeto es "el impulso, orientación y coordinación de la educación física y del deporte, como factores imprescindibles en la formación y en el desarrollo integral de la persona" —artículo 1—, así como del Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, de Estructuras Federativas, donde se le confiere "el ejercicio de funciones propias y delegadas por la Administración a fin de atender al desarrollo específico de la modalidad deportiva correspondiente" —art. 1.º, 2—, de todas ellas se infiere su configuración como Asociaciones de carácter privado, o las que en parte se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo; mas del conjunto de tal configuración jurídica se deduce que cuando intervengan como instrumento de las Administraciones Públicas por adecuadas exigencias del bienestar social, proyectando su actuación, bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes, a elaborar sus reglamentos deportivos, a atender el desarrollo específico de su modalidad deportiva, a regular competiciones deportivas, a colaborar en la formación de sus cuadros técnicos, a velar por el cumplimiento de las normas reglamentarias y ejercer la potestad disciplinaria, a la asignación, control y fiscalización de subvenciones a las Asociaciones y Entidades deportivas a ellas adscritas, en todos estos casos tendrán la consideración de agentes de la Administración; pero cuando su actuación no se refiere directamente al campo de la educación física o el deporte a través de dichos menesteres, sino que más bien es extraña a él, no implicando utilización de ninguna de las facultades a que se refiere el artículo 16 de la citada Ley General de la Cultura Física y del Deporte, sus actos no tienen la natu-

raleza de derecho administrativo, sino que son actos propios de una Asociación privada, y las impugnaciones de los mismos han de ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria competente.

Esto último es lo que acontece en el caso concreto que nos ocupa, pues el nombramiento de los miembros de las Juntas de Gobierno de las Federaciones Deportivas es una cuestión interna de cada Federación, sin proyección directa sobre la educación física y el deporte, fuera de su ámbito; por lo que el cauce para dirimir todas las discrepancias sobre dicho tema es el propio de la jurisdicción ordinaria, y no en la vía administrativa.» *(Sentencia de 24 de junio de 1988, Sala 3.ª, Ar. 5107.)*

VIII. Educación

A) *Derecho a la educación. Relación de dicho derecho con las pruebas para superar una asignatura. Reclamación y alcance de las facultades del órgano jurisdiccional.*

«La pretensión de la demanda inicial de este proceso, seguido al amparo de la Ley 62/78, de protección a los derechos fundamentales de la persona, y fundada en la vulneración de los artículos 14 y 27 de la Constitución española, consiste en que "se dicte sentencia que modifique la calificación impugnada en el sentido de considerar APTO a mi representado"; se refiere a la calificación de no apto en Derecho Mercantil I, 2.ª prueba personal, por el Centro Asociado de Málaga de la UNED; esta pretensión excede, como dice la sentencia apelada, de la declaración de la posible vulneración de los artículos constitucionales citados, pues sólo se podría pretender, si se le negó al recurrente la revisión del examen, con infracción de los preceptos citados; mas no sustituir el criterio de la Autoridad académica, única competente, en materia de enseñanza, en la calificación de unos ejercicios y poder apreciar el aprovechamiento del alumno en las enseñanzas que le han sido impartidas durante el curso; sobre este fundamento de la sentencia apelada, no se hace alegación alguna tendente a combatirlo en el escrito del recurso de apelación.

La primera alegación de este escrito es totalmente improcedente: la no aceptación del recibimiento a prueba o no práctica de las propuestas debidamente, sólo da lugar a poder solicitarlo nuevamente en la segunda instancia, como regula el artículo 100.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si se entiende que es supletorio en la tramitación en que nos encontramos, al no disponer nada en la apelación la Ley 62/78; el apelante ha tratado de subsanar lo que llama defecto de forma en su escrito de 14 de marzo, por aplicación del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mas lo que este precepto ordena es que se resuelvan todas las pretensiones que se formulen, aun cuando lo hubieren sido defectuosamente, y en este caso no ha habido pretensión alguna sobre recibimiento a prueba en segunda instancia, deducido en el único escrito que la Ley 62/78 autoriza se presente por el apelante; defecto que sí se produjo en primera instancia, al no cumplir los requisitos del artículo 74 de la Ley Jurisdiccional; pero lo fundamental es que la prueba propuesta tiende a que el Organo Jurisdiccional efectúe una calificación académica del ejercicio o pruebas efectuadas por el recurrente en la materia de que se trata, lo que no es determinar si la actuación que dio lugar al acto administrativo recurrido se realizó de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad y con infracción del derecho a la educación; *al ser impertinente la prueba,* cae por su base la alegación del apelante.

Su segunda alegación, que se han vulnerado por la UNED los artículos 14 y 27 de la Constitución, no está apoyado en hecho alguno que pueda dar lugar a su estimación; no hay nada que indique la desigualdad de trato en perjuicio del actor, lo que nunca llevaría a estimar la pretensión de su demanda, sino a una nueva reconsideración de las pruebas por la autoridad académica

competente: y tampoco se ha visto privado del derecho a la educación reconocido por el artículo 27 de la Constitución; el actor ha recibido las enseñanzas que imparten los Centros de la UNED, y así se satisface su derecho a la educación en el caso concreto; el aprovechamiento de tales enseñanzas no implica cumplimiento o incumplimiento por los órganos de la docencia, salvo casos que han de probarse; y la adecuada calificación de tal aprovechamiento, y la reclamación contra los posibles errores en la misma, tiene su adecuada vía jurídica, y no puede presumirse por la mera afirmación del recurrente que esa calificación de no apto en una prueba de una asignatura lleve a la privación de ese derecho constitucional a la educación.» *(Sentencia de 10 de mayo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4079.)*

B) *Universidad.*

1. *Derecho de acceso y derecho a la educación. No se viola este último por la fijación por el Consejo de Universidad de un número máximo de alumnos admisibles.*

«Dictada, en 14 de enero de 1987, y por el procedimiento seguido al amparo de la Ley 62/78, sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza desestimando el recurso deducido por don Carlos Guillermo L. P. y otros, contra los Acuerdos de la Junta de Gobierno de la Universidad de dicha ciudad de 23 y 30 de octubre de 1987 que —en definitiva— vinieron a ampliar en cien el número de nuevas admisiones en el primer Curso de la Facultad de Derecho, que había cubierto y superado el cupo de nuevos alumnos que le había sido atribuido, y la lista de admitidos y excluidos publicada el 9 de noviembre siguiente: interponen dichos recurrentes el de apelación contra dicha sentencia, alegando, en síntesis, la vulneración de los artículos 14 y 27 de la Constitución.

Para apoyar la tesis de que las resoluciones impugnadas vulneran los artículos 27 y 14 de la Constitución, ponen de manifiesto los recurrentes, en primer lugar, que el derecho a la educación en todos sus niveles es un derecho fundamental y no un mero derecho concedido por la legalidad ordinaria; que el correspondiente al nivel universitario participa de esta condición de derecho fundamental; y que la introducción del *numerus clausus* supone una limitación de este derecho. En segundo término afirma que las dichas resoluciones carecen de motivación y justificación, no siendo suficiente ni aun posible que esta última lo hubiere sido *ex post*, porque la obligación de la Administración no sólo ha de motivar y justificar la resolución limitadora de derechos, sino que en ella se han de cuantificar las magnitudes y de las mismas desprenderse la razonabilidad de los límites del derecho fundamental, no deduciéndose de la documentación acompañada por el Letrado del Estado nada de ello, por lo que son nulas. En tercer lugar, que es posible que el artículo 26.2 de la Ley de Reforma Universitaria establezca límites al derecho a la educación y entrada en Centros Universitarios, pero esta limitación no ha sido establecida legalmente al imponer en acuerdos, como los recurridos, adoptados por Organos incompetentes para hacerlo e infringiendo los requisitos exigidos. Y, finalmente, y refiriéndose ya a la vulneración del artículo 14 de la Constitución, que si ésta no prohíbe toda discriminación sino únicamente aquella que no sea razonable, no es suficiente con afirmarlo sino que es preciso justificarlo.

Examinando las alegaciones de los recurrentes a la luz de la doctrina legal aplicable, aparece claro, en relación concreta a la vulneración que se dice del artículo 27 de la Constitución, que no se ha producido esta vulneración, habida cuenta: *a)* Basta leer este artículo 27 para advertir que si es cierto que en el apartado 1 proclama que "todos tienen derecho a la educación", también lo es que afirma en el apartado 5 que los Poderes Públicos han de garantizar

este derecho "mediante una programación general de la enseñanza", y refiriéndose concretamente a las Universidades, que se reconoce esta autonomía "en los términos que la Ley establezca" (apartado 10). *b)* Consecuente con tales principios, la Ley Orgánica de la Educación de 3 de julio de 1985, después de afirmar que "todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad", siendo esta educación "obligatoria y gratuita en el nivel de Educación General Básica y, en su caso, en la de Formación Profesional de Primer Grado, así como en los demás niveles que la Ley establezca", y que "todos, asimismo, tienen derecho a acceder a los niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno" (art. 1.º), declara también que "los Poderes Públicos garantizarán el ejercicio efectivo del derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza" y que "a tales efectos, el Estado y las Comunidades Autónomas definirán las necesidades prioritarias en materia educativa, fijarán los objetivos de actuación del período que se considere y determinarán los recursos necesarios, de acuerdo con la planificación económica general del Estado" (art. 27 en su parte necesaria). *c)* La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, parte, igualmente, en su artículo 26.2, de que el acceso a los Centros Universitarios está condicionado por la capacidad de los mismos. *d)* No es posible deducir la infracción del referido artículo 27 del contenido de la disposición transitoria 1.ª del Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, sobre procedimiento para el ingreso en los Centros Universitarios, porque la decisión sobre el cumplimiento o no de esta transitoria, que no introducen límites distintos a los previstos en el artículo 26.2 de la Ley de Reforma Universitaria, supondría un tema de mera legalidad ordinaria, que escapa al ámbito de la Ley 62/78, atendida la naturaleza de la misma, como después se dirá.

Interpretando la normativa vigente antes expuesta, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar que el derecho de todos a la educación incorpora, junto a su contenido primario del derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los Poderes Públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º del artículo 27 de la Norma fundamental, estando al servicio de tal acción prestacional los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto —Sentencia 86/1985, de 10 de julio (R. T. Const. 86)—. Y este Alto Tribunal de Justicia, refiriéndose concretamente a los centros universitarios, ha dicho también que "uno de los 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 tendentes a adecuar dicha capacidad a la demanda social y demanda de población escolar" —Sentencia de 9 de julio de 1986—, y "que si bien el artículo 27.1 de la Constitución española consagra el principio general de que todos tienen el derecho a la educación, el apartado 5 del mismo artículo indica como medio de garantía del citado derecho la facultad de los poderes públicos para hacer una programación general de la enseñanza" —Sentencia de 9 de mayo de 1987.

No es posible apoyar las vulneraciones mencionadas en las alegaciones que se hacen por los repetidos recurrentes sobre la falta de motivación y justificación de las resoluciones impugnadas y la infracción del artículo 26.2 de la Ley de Reforma Universitaria y la incompetencia de los Organos que las dictaron, por tratarse, en principio, de cuestiones de pura legalidad ordinaria, que escapan del ámbito de la Ley 62/78, a cuyo amparo se interpuso el recur-

so de autos, por constituir doctrina reiterada de esta Sala la de que se rebasa dicho ámbito cuando para presentar la situación aparente violadora del principio de igualdad constitucional se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico —Sentencia de 29 de marzo de 1985—, y que en el proceso indicado no se trata de valorar la legalidad del acto administrativo, sino si en su aplicación se ha infringido o discriminado un derecho fundamental —Sentencia de 21 de febrero de 1986, entre otras muchas.

Para rechazar las alegaciones formuladas sobre la vulneración del artículo 14 de la Constitución, basta recordar, una vez más, que la observancia y el acatamiento al principio de igualdad, a su concreción como derecho, no impide que el legislador pueda valorar situaciones y regularlas distintamente mediante trato desigual, siempre que ello obedezca a una causa justificada y razonable, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas, pues el principio constitucional de igualdad no queda lesionado si se da un tratamiento diferente a situaciones que también lo son —Sentencia, entre otras, de 6 de marzo de 1987—. No pudiendo afirmarse que este principio de igualdad se haya vulnerado en el caso de autos por las resoluciones impugnadas, por haber obrado la Junta de Gobierno de la Universidad de Zaragoza dentro de ese criterio objetivo y razonable que destaca la doctrina jurisprudencial, ya que, como razona la sentencia apelada, no es posible afirmar que haya existido una discriminación al fijar unos módulos para la Facultad de Derecho que se cubrieron dando preferencia al alumnado que el día 1 de septiembre de 1987 había superado las pruebas de acceso a la Universidad, es decir, entendiendo que quienes habían superado la selectividad en el mes de junio debían acceder al primer curso de Derecho antes que los que lo aprobasen en la convocatoria de septiembre.» *(Sentencia de 5 de mayo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4144.)*

2. *Autonomía. Limitación por el carácter de servicio público de la actividad realizada, lo que conlleva la sumisión al ordenamiento legal vigente en la materia. Necesidad de respetar en el plan de estudios el cumplimiento de obligaciones estatales.*

«En otro orden de ideas hemos de señalar que no es posible compartir la afirmación que se formula por el recurrente al expresar que la sentencia impugnada vulnera el ordenamiento jurídico por aplicar una norma inconstitucional en cuanto impone la impartición de la enseñanza de la religión católica en una institución pública, contraviniendo la libertad religiosa y la autonomía universitaria, garantizada y reconocida, respectivamente, en los artículos 16 y 27.10 de la Constitución, por cuanto, sobre decretarse la inclusión de la asignatura "Doctrina y Moral Católica y su Pedagogía" como optativa, con lo cual queda garantizada la libertad religiosa, es de observar, además, que el precitado apartado 10 del artículo 27 reconoce efectivamente la autonomía de las Universidades, pero, añade, "en los términos que la Ley establezca", debiendo ser entendida esta expresión como en los términos que el bloque de legalidad determine, sin que, por ende, pueda ser la Ley de Reforma Universitaria la que únicamente determine aquellos "términos"; los tratados internacionales constituyen, una vez publicados oficialmente en España, parte del ordenamiento interno que debe ser aplicado, incumbiendo también al Estado la regulación de las condiciones de obtención de títulos académicos y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, y es por ello por lo que no puede erigirse la Ley de Reforma Universitaria en parámetro único para medir la constitucionalidad, cuando sobre la proclamada autonomía de las Universidades, servicio público del Estado, ha de incidir el Ordenamiento estatal para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en materia de enseñanza.

La exposición anterior sirve al propio tiempo para enervar cuantas alegaciones se formulan en derredor de la inconstitucionalidad de los Acuerdos de 1979 e incluso en orden a la procedencia de plantear formalmente tal cuestión, ya que, según expresamos, no consideramos que aquéllos resulten contrarios a la Constitución, y por ello no cabe predicar que la sentencia recurrida viole el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo en fin advertir que el Rectorado es el primer órgano representante de la Universidad y el llamado en tal condición a promover las actuaciones necesarias para que sea incluida la asignatura discutida, como optativa desde luego, en los planes de estudio de la Escuela Universitaria de Profesores de EGB Santa María, sea cuales fueren los concretos órganos que tienen atribuida la específica competencia para aprobar los planes de estudio, que en todo caso integran también la Universidad Autónoma de Madrid, en nombre de la cual, de otra parte, se ha actuado tanto en primera instancia como en esta apelación, según resulta de los escritos incorporados a los autos.

En consecuencia con la exposición anterior y por reputar que la actuación administrativa puesta en tela de juicio conculca el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza reconocidos en el artículo 27 de la Constitución, e incumple las leyes que garantizan el sistema educativo actual, en cuanto la supresión de la asignatura "Doctrina y Moral Católica y su Pedagogía" proscribe se imparta la misma a los ciudadanos que deseen optar por ella, cual se establece además en el bloque de legalidad vigente, afectante a todo el sistema universitario, ya dijimos servicio público del Estado, no obstante la autonomía de las Universidades, que se articula concretamente en los términos que la ordenación legal establezca; en consecuencia con todo ello, decimos, deviene procedente la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la sentencia apelada, cuyas acertadas motivaciones jurídicas sustancialmente aceptamos, según resulta de nuestros anteriores razonamientos, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 62/78 y por resultar íntegramente rechazadas las pretensiones deducidas.» *(Sentencia de 20 de mayo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4193.)*

IX. LIBERTADES

Principio de igualdad. Evolución jurisprudencial sobre la eventual infracción del principio de igualdad por la valoración del conocimiento del euskera como mérito en los concursos de acceso a la función pública.

«Es objeto de impugnación, a través del recurso contencioso-administrativo, un acuerdo del Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano publicado en el Boletín Oficial del Señorío de Vizcaya de 23 de noviembre de 1985, por el que se convocaba una plaza de Técnico Superior Licenciado en Ciencias Económicas, a cubrir por el procedimiento de concurso en el que se valoraban diversos méritos hasta un total de 19 puntos y el conocimiento del euskera hasta un total de 3 puntos.

Ciertamente, este Tribunal ha abordado temas prácticamente idénticos, o al menos de una similitud extraordinaria, que han sido resueltos en Sentencias de 7 de octubre y 24 de noviembre de 1983 y 30 de marzo y 26 de noviembre de 1984. En todos ellos la Sala que decidió que, por tratarse de ejercicios voluntarios y por la moderada puntuación que se venía otorgando en las bases de las respectivas convocatorias al conocimiento del euskera hasta que no había vulneración del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, y en su proyección sobre otros preceptos, al no apreciarse discriminación alguna entre los participantes en las pruebas convocadas. Indudablemente, si en los casos enjuiciados se hubiese colocado a unos

*opositores en situación de franca desventaja o desigualdad frente a otros por*que la puntuación concedida al ejercicio de euskera apareciese claramente desmesurada y desequilibradora de los conocimientos técnicos que se exigiesen, el pronunciamiento de la Sala nunca habríase pronunciado en contra de lo dispuesto en la Constitución. Porque lo que no puede sostenerse es que un idioma, aunque sea lengua oficial, no pueda ser instrumento de discriminación y por tanto causa de trato desigual. Buena prueba de ello es, en el caso concreto del euskera, que el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, haciéndose eco de tal posibilidad, proclama en su artículo 6.3 que nadie podrá ser discriminado por razón de la Lengua; y la Ley de Normalización del Uso del Euskera (R. CC. AA. 1982, 1212) especifica en su preámbulo que el carácter del euskera como lengua propia del País Vasco, y como lengua oficial junto con el castellano, no debe comportar, en ningún caso, menoscabo de los derechos de aquellos ciudadanos que, por diversos motivos, no pueden hacer uso de ella, conforme con lo establecido expresamente en el artículo 6.2 del Estatuto de Autonomía. Y en su artículo 4 dice que los Poderes Públicos velarán y adoptarán las medidas oportunas para que nadie sea discriminado por razón de la Lengua en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Análogo pronunciamiento contiene el artículo 5.4 del Estatuto de Autonomía para Galicia respecto al idioma gallego. No es, ciertamente, tan expresivo el Estatuto catalán, pero tanto de su artículo 3 como el artículo 6 se desprende la protección legal a la igualdad de los ciudadanos en este punto. Por otra parte, tampoco puede desconocerse que ni de la Constitución ni de los Estatutos de las tres históricas Comunidades Autónomas citadas puede extraerse la consecuencia de que el castellano, en cuanto lengua española oficial del Estado, y el euskera, el catalán y el gallego, en cuanto lenguas oficiales en sus respectivas Comunidades, tienen un tratamiento legal que los hace enteramente iguales. Ya el preámbulo del Real Decreto de 20 de abril de 1979 advierte que el fenómeno bilingüe se manifiesta de forma sensiblemente heterogénea en las distintas Comunidades y por ello procede un tratamiento normativo distinto, o específico, para cada una de aquéllas. La diferencia sustancial es que mientras respecto al castellano existe para todos los ciudadanos del territorio español el deber de conocerlo y el derecho de usarlo (art. 3 de la Constitución), para el euskera, para el gallego y para el catalán solamente se proclama en sus respectivos Estatutos el derecho de conocerlos y usarlos (art. 6 del Estatuto vasco, art. 3 del Estatuto catalán y art. 5 del Estatuto gallego, respectivamente). Más específicamente, el artículo 5 de la Ley de Normalización del Uso del Euskera consagra para todos los ciudadanos del País Vasco el derecho a conocer y usar las lenguas oficiales —euskera y castellano— tanto oralmente como por escrito.

Pues bien, la doctrina que venía manteniendo este Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao no ha sido aceptada por el Tribunal Supremo, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este tema. Así, en Sentencias de 3 de mayo y 28 de julio de 1984 revoca sentencias de esta Sala y dice que, aunque se trate de un ejercicio voluntario, hay un tratamiento desigual para situaciones iguales, pues la situación igual es la celebración de oposiciones y el tratamiento desigual es la puntuación concedida al conocimiento del euskera frente a quien sólo habla castellano, siendo, como son, ambos idiomas cooficiales en el País Vasco; y que, en definitiva, la introducción de un ejercicio voluntario de euskera en un concurso-oposición vulnera el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución. En Sentencia de 25 de enero de 1984 revoca sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona y sienta que puntuar el conocimiento del euskera en un concurso-oposición rompe el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, en cuanto que se conculca el derecho de los españoles al acceso a las funciones públicas, disminuido para todos aquellos que no sean parlantes del euskera, siendo así que el castellano, además de ser el idioma oficial de los españoles, está asimilado al de Euzkadi a tenor del párrafo 1.° del artículo 6 de la Ley de 18 de diciembre de 1979.

En Sentencia de 13 de abril de 1984 confirma una sentencia de la Audiencia de Pamplona y mantiene que la existencia del conocimiento del euskera como requisito imprescindible para participar en una oposición, choca frontalmente con principios y normas constitucionales y del resto del ordenamiento jurídico en sentido que emplea esta expresión el artículo 9.1 de la Constitución; en esta sentencia ya no se trata de ejercicio voluntario, sino de exigencia del conocimiento del euskera. Y een esta misma línea de rechazo de tal exigencia se pronuncian, respecto al catalán, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre y 1 de octubre de 1984 y, en cierto sentido, la de 16 de diciembre de 1985.

Por tratarse de doctrina reiterada al menos en dos sentencias, que se establecía al aplicar o interpretar la Ley; y que utilizábase como razón básica para adoptar la decisión contenida en sus sentencias y por existir identidad entre los casos concretos, o al menos una similitud extraordinaria, esta Sala ha modificado en sus últimas sentencias, en razón de acatamiento al principio de unidad de doctrina, la que venía manteniendo originariamente en las cuatro sentencias que citadas quedan. El problema nunca ha sido contemplado por la Sala desde la perspectiva de si existían o no normas habilitantes como cobertura de los actos administrativos impugnados, porque normas habilitantes ya existían antes de las sentencias a que hemos hecho referencia. No sólo la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco, sino también la Ley de Normalización del Uso del Euskera, la Ley de 14 de octubre de 1983, sobre Regulación del Proceso Autonómico, que en su artículo 25, segundo, *a)*, dice que la provisión de vacantes en las Comunidades Autónomas donde exista, además de la Lengua Oficial del Estado, otra Lengua Oficial, la Administración del Estado deberá tener en cuenta este hecho, y la Ley de la Función Pública de 1984, son citadas en las Sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 1984 —revocada por el Tribunal Supremo en 28 de marzo de 1985— y en la de 27 de febrero de 1986. No obstante, como antes se ha dicho, el Tribunal Supremo ha establecido que, aunque se trate de un ejercicio voluntario, hay un tratamiento desigual para situaciones iguales, pues la situación igual es la celebración de oposiciones y el tratamiento desigual es la puntuación concedida al conocimiento del euskera frente a quien sólo habla castellano, siendo, como son, ambos idiomas cooficiales en el País Vasco, y con ello se vulnera el artículo 14 de la Constitución.

La cuestión ha quedado definitivamente zanjada con la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en 26 de junio pasado (R. T. Const. 1986, 82), al resolver el recurso de inconstitucionalidad 169/83, interpuesto contra determinados preceptos de la Ley de Normalización del Uso del Euskera. En efecto, en el Fundamento de Derecho decimocuarto se dice que en cuanto al artículo 14 de la Ley vasca 10/1982, nada hay que objetar a la finalidad de progresiva euskaldunización del personal afecto a la Administración Pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco, entendida como posibilidad de dominio también del euskera —sin perjuicio del castellano— por dicho personal. Y en tal sentido, de acuerdo con la obligación de garantizar el uso de las lenguas oficiales por los ciudadanos y con el deber de proteger y fomentar su conocimiento y utilización, nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionarios o que, en general, se considere como un mérito entre otros (como expresamente se prevé) el nivel de conocimiento de las mismas; bien entendido que todo ello ha de hacerse dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Constitución española, y sin que en la aplicación del precepto legal en cuestión se produzca discriminación. En definitiva, el empleo del euskera implica la provisión de los medios necesarios, y entre ellos, la presencia del personal vascoparlante tanto en la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco como en la periférica del Estado, en los términos señalados por la Sentencia de este Tribunal 76/1983, de 5 de agosto, "como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciu-

dadanos de la respectiva Comunidad", y en relación con la previsión expresa que con respecto a este artículo hace la disposición adicional tercera. En el presente momento, no cabe enjuiciar sino la norma legal recurrida, que no es, en sí misma, inconstitucional, sin que quepa presumir, conforme a su contenido, una aplicación contraria a la Constitución. Lo impugnable sería entonces dicha aplicación. Esta es la tesis que había venido manteniendo *ab initio* esta Sala. En su virtud, procede desestimar el recurso entablado por el Letrado del Estado, ya que la puntuación concedida al ejercicio del euskera en el acuerdo impugnado no vulnera los artículos 14 y 23 de la Constitución.» *(Sentencia de 15 de marzo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 2292.)*

X. Policía

Orden público. Análisis de la evolución de este concepto, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de las Sentencias del TEDH.

«En consecuencia, tanto la anterior normativa (RD 1031/80, de 3 de mayo) como la actualmente en vigor —Ley Orgánica 7/85, de 1.º de julio (art. 13.2 en relación con el 26.1.*c*); RD 1119/86, de 26 de mayo, que aprueba el Reglamento de ejecución de la anterior Ley Orgánica (art. 23.3 en relación con el 14.1.*b* y 7.1), y RD 1099/86, de 26 de mayo, antes citado (arts. 21 y 22)— como, por último, la normativa europea —Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 48)— habilitan a la autoridad gubernativa, entre otras cosas, para denegar "la expedición o la renovación de las tarjetas de residencia o de los permisos de trabajo y de residencia", por motivos de orden, o de seguridad o salud públicas; habilitación delegada en el Gobierno Civil de Las Palmas (cuyas funciones son asumidas por el Delegado del Gobierno), a través de la Resolución de 13 de mayo de 1986 del Director de la Seguridad del Estado, con arreglo a la vigente normativa.

Mas, no obstante dicha habilitación legal, para disponer el archivo de las actuaciones, sin sustanciar la petición conjunta de permiso de trabajo y autorización de residencia, también es cierto que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de noviembre de 1984 (revocando otra de esta Sala), recordaba —de conformidad con una reiterada jurisprudencia, que concretaba en la Sentencia de 17 de octubre de 1983— que la citada posibilidad "no cabe interpretarla en el sentido de que baste la invocación de razones de orden público para impedir la tramitación de la solicitud y la consiguiente decisión sobre ella", pues el concepto de "orden público, por su carácter de concepto jurídico indeterminado, supone la necesidad de que se acrediten las circunstancias que justifiquen su realidad", pues es evidente —Sentencia de 14 de junio de 1984— que "el ejercicio limitado de las facultades administrativas requiere que la decisión se corresponda con el resultado fáctico del expediente valorado conforme a los principios y reglas básicas que regulan la apreciación de la prueba, incidiéndose en extralimitación si se presuponen hechos no constatados y acreditados o se inducen de meras impresiones subjetivas, desprovistas del correspondiente respaldo probatorio", concluyendo la sentencia invocada señalando que "el reconocimiento de que la naturaleza especial de dicha materia (residencia de extranjeros en territorio nacional) hace necesario otorgar a la Administración amplios márgenes de actuación en aras de la especial eficacia con que es preciso resolver los problemas que en la misma se plantean, no quiere decir que la abstracta invocación de una supuesta y oculta razón de Estado pueda convertir esas amplias facultades gubernativas en poder arbitrario inmune a la revisión judicial e incompatible con los principios fundamentales en que se asienta el Estado de Derecho y delimitan la licitud de la actividad administrativa, que requiere siempre la expresión de su verdadera motivación y su conformidad con el Ordenamiento jurídico".

El Tribunal Constitucional ha utilizado un concepto amplio de "orden público", pues en él —Sentencia de 8 de junio de 1982 (R. T. Const. 33)— "pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad... que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas". Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STCEE 27 octubre 1977: Regina contra Pierre Boucherean) ha subrayado que "la noción de orden público, en el contexto comunitario, y sobre todo en cuanto justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser entendida estrictamente, de manera que su alcance no podrá ser determinado unilateralmente por cada uno de los Estados miembros sin control de las instituciones de la Comunidad"; mas recordando otra sentencia anterior (STCEE 4 diciembre 1974: Van Duyn) "se comprueba, sin embargo, que las circunstancias específicas que podrían justificar el recurso a la noción de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, y que por ello es preciso, a este respecto, reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado y disposiciones adoptadas para su aplicación" (Directiva 64/221), siendo precisa para justificar ciertas restricciones a la libre circulación de las personas sometidas al derecho comunitario, "en todo caso, la existencia, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la ley, de una amenaza real y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad".» *(Sentencia de 20 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4638.)*

XI. Sanciones

A) *Sanción administrativa y decomiso. Diferencia de ambas medidas.*

«Las demandantes impugnan también el artículo 10.3 del propio Real Decreto, que establece el decomiso de la mercancía, como sanción accesoria de la principal, estableciendo tal sanción accesoria como facultad de la autoridad a la que corresponda resolver el expediente, y determinando que cuando el decomiso no sea posible, podrá ser sustituido por el pago del importe de su valor por la Empresa infractora; sosteniendo el defensor de la Administración que esta sanción accesoria no debe confundirse ni considerarse como sanción de carácter penal, sino como sanción administrativa derivada de la potestad sancionadora de la Administración; frente a lo cual debemos proclamar nuevamente la *exigencia de Ley Formal habilitante para establecer penas y sanciones administrativas, que no pueden imponerse "ex novo" sin la existencia de Ley formal; por lo que independientemente de la asunción "ex post" del repetido Real Decreto por la ya citada Ley de 19 de julio de 1984, hemos de declarar la indudable invalidez del referido artículo 10.3 para el periodo anterior a la vigencia de la expresada Ley; si bien la invalidez del artículo no es total, sino únicamente en cuanto establece el decomiso como sanción; siendo, sin embargo, legítimo el decomiso cuando las mercancías de que se trate pudieren entrañar riesgo o peligro para la salud pública; mas ello no como sanción, sino como consecuencia del deber que imponen a la Administración los artículos 43 y 51 de la Constitución de proteger y garantizar la salud pública.*

El decomiso cautelar de la mercancía en el caso previsto en el artículo 14.3 del Decreto, únicamente puede tener lugar en los supuestos de riesgo y peligro para la salud pública en la forma que hemos señalado en el anterior fundamento NOVENO, y por lo tanto no es legal sin ley formal el artículo 14.3, sino el 14.4, que faculta a la Administración para adoptar las medidas que sean necesarias en el supuesto de que la mercancía genere riesgo real o previsible para la salud pública; y en este sentido habremos de pronunciarnos también en el fallo, sin perjuicio de las consecuencias de la asunción de este Real De-

creto por la Disposición Final 2.ª, ya vista, de la Ley posterior de 19 de julio de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios.» *(Sentencia de 6 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4371.)*

B) *Prescripción. Se vuelve a la distinción entre infracción administrativa equiparable a falta o delito penal para determinar el plazo. Cómputo del plazo en el supuesto de paralización del procedimiento sancionador: remisión a lo dispuesto en el artículo 61 de la LPA. No existe caducidad del expediente imputable a la Administración.*

«La pretensión del apelante, no obstante la apoyatura que pretende darle, debe rechazarse por varios motivos. En primer lugar, porque hay que poner en relación esas normas con la doctrina jurisprudencial sobre prescripción de infracciones administrativas en aquellos casos en que la misma no está expresamente prevista. Más concretamente, hay que tener en cuenta que *la doctrina generalmente invocada de aplicación en caso de analogía del plazo de dos meses para las faltas, que arranca fundamentalmente de una Sentencia de 9 de marzo de 1972, fue ya matizada muy tempranamente por otras Sentencias de 2 y 20 de julio de 1973 y 28 de septiembre y 26 de octubre de 1973, donde se establecía que ese plazo de dos meses sólo puede aplicarse cuando la sanción administrativa aplicable fuere equiparable a la que el Código Penal prevé para las faltas, pero no cuando la equiparación no sea posible* —por ejemplo, por tratarse de una multa cuya cuantía exceda de las que el Código Penal apareja a las faltas—, *en cuyo caso el plazo de prescripción será el aplicable a los delitos. Y esto es lo que aquí ocurre. Pues la sanción que se le impone apreciando reincidencia es la correspondiente a infracción muy grave en su grado máximo, concretada en la retirada de la licencia municipal de auto-taxi al recurrente por un período de tres años.* Siendo de notar que el hoy apelante en su escrito de demanda manifestó expresamente por otrosí que consideraba innecesaria la prueba por estimar que lo que se debatía era una cuestión de derecho, pese a lo cual aquí ha planteado la cuestión de falta de prueba, que esta Sala no ha tenido inconveniente en analizar en la sentencia aquí aclarada. De todo esto resulta que la remisión del artículo 114 de la Ley de Régimen Local al plazo de dos meses que para las faltas establece el Código Penal no es aquí de aplicación porque el plazo a aplicar tendría que ser el de cinco años que prevé el mismo artículo 113 del Código Penal. Y desde luego en ningún caso puede afirmarse que el procedimiento haya estado aquí interrumpido durante ese tiempo. Aparte de que, como ahora se verá, es que tampoco puede decirse que haya habido paralización del procedimiento en ningún caso. De esto se tratará en el fundamento siguiente.

Por lo pronto hay que decir que el apelante no invoca precepto alguno en que apoyar su tesis —al menos eso es lo que parece querer decir, pues su razonamiento es absolutamente genérico, sin hacer cómputo alguno de plazo— de que no puede haber lapso alguno de tiempo entre un trámite y otro, de manera que presentado, digamos, un escrito por el interesado debe ser providenciado en el mismo día y provocar inmediatamente el trámite siguiente si es que quiera evitarse la prescripción. Pero es que, además, parece olvidar que el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece un plazo de seis meses como duración máxima para aquél, sin que ni en este precepto ni en ningún otro se establezca excepción o regla especial para el sancionador de que aquí se trata. Y hay más: ese artículo 61 no apareja al incumplimiento de ese plazo la consecuencia de la caducidad o perención del procedimiento, sino únicamente una eventual responsabilidad del funcionario responsable de la demora. Dicho de otro modo: *la legislación vigente no contempla con carácter general la caducidad del procedimiento por hecho impu-*

table a la Administración y si sólo por hecho imputable al particular: artículos 71 y 99. Es desde esta perspectiva desde la que debe ser examinado el artículo 114 del Código Penal a los efectos aquí prevenidos. Nos ocupamos de ello en el fundamento que sigue.

La "paralización del procedimiento" de que habla ese artículo 114 del Código Penal hace referencia —de forma quizá algo ambigua— a una terminación anormal del procedimiento por causa imputable al órgano judicial. Al trasladar la aplicación de ese precepto al ámbito administrativo estaríamos ante un supuesto de caducidad o perención del procedimiento por hecho imputable a la Administración que supone una excepción a la regla general antes señalada de no aplicación de esa forma de terminación (sólo prevista —recuérdese— para el caso de abandono del particular). Ahora bien, hay que tener presente que *en derecho administrativo la caducidad o perención del procedimiento no opera automáticamente, sino que exige requerimiento expreso previo* (cfr. art. 99.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), *y sólo en el caso de que transcurran tres meses sin atender ese requerimiento se produce* —mediante acto expreso, nunca automáticamente— *ese efecto terminal. No puede pretenderse entonces hacer de peor condición a la Administración para pretender que la prescripción se vea reanudando cada vez que el particular cumple un trámite y aquélla se demora lo más mínimo en producir un nuevo acto procesal. Para que esto pudiera tener lugar sería necesario que la Ley —ni siquiera una norma reglamentaria— lo dijera.* Y, desde luego, en el caso que nos ocupa esa norma —de rango legal, se insiste— no existe. Como tampoco consta que el particular haya requerido ni urgido de ninguna manera a la Administración a resolver o a dar mayor celeridad al procedimiento. Constando, además, que la primera denuncia se formula en 1 de agosto de 1984 y la resolución terminal se dicta en 18 de junio de 1985, existiendo entre ellos una pluralidad de actos intermedios que resulta inútil citar aquí, pero que en todo caso prueba que ni expresa ni tácitamente ha habido abandono del procedimiento por la Administración.» *(Sentencia de 15 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4386.)*

C) *Prueba. La denuncia realizada por un funcionario con posibilidad de descargo no utilizada por el denunciado, puede constituir prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia.*

«A don Juan Ch. L. se le formuló denuncia por un Agente de Tráfico en el sentido de que a las 20,33 horas del día 9 de diciembre de 1980, en el cruce de la calle de Velázquez con la de Joaquín Costa, de Madrid, había rebasado con el vehículo de su propiedad matrícula M-4151-DG una señal luminosa de semáforo que se encontraba en fase roja a vehículos, obligando a frenar bruscamente a los que gozaban de preferencia. Notificada en legal forma la denuncia, con expresión del derecho que le asistía de comunicar el nombre y domicilio del conductor o, en el caso de ser él mismo, de hacer las alegaciones y proponer las pruebas que estimara convenientes, todo ello de acuerdo con el artículo 282 del Código de la Circulación, el señor Ch. L. dejó transcurrir el plazo ofrecido sin hacer manifestación alguna, dictándose resolución por la Jefatura Provincial de Tráfico en la que se le impuso una multa de cinco mil pesetas y suspensión del permiso de conducir durante un mes, sanciones que fueron confirmadas en alzada por la Dirección General y consideradas ajustadas a derecho en la sentencia impugnada.

El fundamento jurídico de la apelación es el de que al sancionado se le vulneró el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, porque se le impusieron las sanciones fundándose exclusivamente en un boletín de denuncia en el que no tuvo intervención alguna, citando la parte, al efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/85, de 28 de octubre (R. T. Const. 145), respecto al mero valor de denuncia del

atestado, en tanto su contenido no sea sometido a contradicción en el juicio oral.

La alegación carece de consistencia para desvirtuar las conclusiones a que llegó la Administración respecto a la veracidad de los hechos descritos en el boletín. En efecto, admitido el principio de que el derecho a la presunción de inocencia no se reduce al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos —Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1982, de 1 de abril (R. T. Const. 13), y 36/85, de 8 de marzo (R. T. Const. 36)—, así como que para desvirtuar la presunción se requiere una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías, que de algún modo pueda entenderse de cargo, el problema queda reducido a si aquel boletín alcanza a merecer esta calificación.

Con referencia a un procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 74/85, de 18 de junio (R. T. Const. 74), ha reconocido aquella calidad a un pliego de cargos al que no se había formulado descargo alguno y cuyo único fundamento era el parte que había dado un funcionario, es decir, que, implícitamente, el Tribunal Constitucional viene a admitir que la denuncia de un funcionario sometida a la posibilidad de contradicción en el oportuno expediente administrativo adquiere por esta razón la cualidad precisa para que pueda ser considerada prueba de cargo y para que, en consecuencia, el órgano al que competa resolver esté en condiciones de poder entender que la presunción de inocencia del denunciado ha sido desvirtuada.

Estas son, precisamente, las circunstancias que concurren en el caso sobre el que se debate: la denuncia del agente de tráfico sometida a posibilidad de descargo, que no fue utilizada por el señor C. L., adquiriendo en razón de aquella posibilidad la aptitud necesaria para poder fundamentar la prueba de los hechos sancionables. No se trata, por tanto, de un caso de fehaciencia, sino de la simple posibilidad de que mediante ella la instancia resolutoria haya formado su convicción respecto a la existencia de los hechos sancionables sin incurrir en vulneración del artículo 24.2 del texto constitucional.» *(Sentencia de 21 de abril de 1988, Sala 5.ª, Ar. 3395.)*

XII. URBANISMO

A) *Planeamiento. Prevalencia de las ordenanzas municipales sobre las cláusulas convencionales del Contrato entre el Estado y la Compañía Telefónica, en relación al tendido de las líneas y a su canalización.*

«Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión sustancialmente idéntica a la aquí planteada, resolviéndola en favor de las tesis de la corporación actora —Sentencia núm. 139.*a)* de 22 de abril de 1988— con arreglo a la siguiente argumentación: en primer lugar, aceptando que la legislación reguladora del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y las disposiciones integrantes del planeamiento urbanístico gozan de supremacía normativa sobre las cláusulas convencionales contenidas en el contrato del Estado con la Compañía Telefónica, así como la inaplicabilidad al supuesto enjuiciado, de la excepción de instalar el tendido aéreo, y no de forma subterránea, que constituye regla general, cuando se trata de un barrio céntrico de ciudad importante, interpretación que debe prevalecer en nuestra hipótesis, atendida la transformación que desde la fecha del contrato entre el Estado y la Compañía Telefónica se ha operado en el derecho y la realidad

urbanística y después porque, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley del Suelo, la Administración, lo mismo que los particulares, queda obligada al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en dicha Ley y en los planes programas de actuación urbanística, estudios de detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma, y esta obligatoriedad del bloque de legalidad apuntado no puede quedar sin efecto por las decisiones del Delegado del Gobierno en la Compañía Telefónica, pues aun admitiendo que la competencia para designar el lugar, forma y circunstancias del emplazamiento de líneas telefónicas esté atribuido a la Compañía y a la Delegación del gobierno en caso de discrepancia, ello será siempre dentro de los límites permitidos por la normativa urbanística, sin que puedan admitirse actuaciones contra el planeamiento, ni de los particulares ni de la Administración, y está acreditado que las ordenanzas municipales prohíben en su área de influencia los tendidos aéreos, disponiendo en cambio su canalización subterránea.» *(Sentencia de 30 de abril de 1988, Sala 3.ª, Ar. 3221.)*

B) *Gestión.*

Se reitera la exigencia de expropiación de los terrenos de los propietarios no incorporados a la Junta de Compensación como condición previa para la aprobación del Proyecto de compensación.

«La pretensión de apelación que se examina se apoya al alegar, en síntesis, que no existe un precepto en la Ley del Suelo ni en el Reglamento de Gestión Urbanística que ordene la previa expropiación de los terrenos que se integran *ope legis* en la Junta de Compensación; que resulta mucho más racional demorar la expropiación al momento en que queda establecida con toda precisión la configuración física de las nuevas parcelas, pues sólo de este modo podrá efectuarse una exacta valoración de los bienes, y que puede interpretarse que la Administración suspendió parcialmente de oficio los efectos del Proyecto de Compensación cuando por la interesada fue interpuesto el recurso de reposición.

Conforme al artículo 127.1 de la Ley del Suelo, "los propietarios del polígono o unidad de actuación que no hubieren solicitado el sistema (se refiere al de compensación) podrán incorporarse con igualdad de derechos y obligaciones a la Junta de Compensación, si no lo hubieran hecho en un momento anterior, dentro del plazo de un mes a partir de la notificación del acuerdo de aprobación de los Estatutos de la Junta", y termina este párrafo diciendo que "si no lo hicieran, sus fincas serán expropiadas en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria". Igual precepto se establece en el artículo 168.2 del Reglamento de Gestión Urbanística. Igualmente interesa señalar que el artículo 129.2 de la Ley del Suelo preceptúa que "las Juntas de Compensación actuarán como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos. Asimismo hay que indicar que el referido artículo 168.2 del Reglamento de Gestión Urbanística se halla incluido en la Sección Cuarta del Capítulo dedicado al Sistema de compensación, esto es, en la Sección que regula los «efectos de la constitución de la Junta de Compensación», ocupándose la Sección siguiente específicamente del Proyecto de compensación (determinaciones del mismo, tramitación, etc.).

El Proyecto de compensación cuestionado en las presentes actuaciones afecta a terrenos, no expropiados, de la demandante que no se incorporó a la Junta de Compensación. De los preceptos legales que han quedado indicados resulta que las Juntas de Compensación actúan con pleno poder dispositivo sobre las fincas de que se trate, pero que pertenezcan a los propieta-

rios miembros de aquéllas. Igualmente resulta que la expropiación de los terrenos propiedad de quienes no se hubieren incorporado a la Junta de Compensación es uno de los efectos de la constitución de aquélla, efecto que se produce antes de la formulación del Proyecto de compensación.

De lo expuesto en los fundamentos precedentes resulta que la Sala Territorial resolvió con acierto al afirmar la *imposibilidad de aprobar un Proyecto de Compensación sin la previa expropiación de los terrenos cuyos propietarios no se han incorporado a la Junta de Compensación,* lo que obliga a dictar un fallo confirmatorio del apelado, sin que sea necesario entrar en el examen de la cuestión referente a la suspensión de efectos del acto de aprobación del Proyecto de Compensación de que se trata al haberse declarado la nulidad de dicho acto.» *(Sentencia de 26 de abril de 1988, Sala 4.ª, Ar. 3225.)*

C) *Licencias.*

1. *Es exigible la licencia urbanística municipal para la realización de actividades mineras que impliquen obras de excavación y movimiento de tierras, con independencia de los demás permisos y concesiones que correspondan.*

«La cuestión que se plantea en este proceso, respecto a la facultad del Ayuntamiento de Puebla de Lillo, provincia de León, de exigir a la Empresa S.E.T., S. A., licencia municipal para la explotación a cielo abierto de la mina sita en su término municipal paraje la "Repisa", que ha sido correctamente dilucidada y resuelta por el Tribunal de Instancia, se debe estudiar desde la vertiente de la potestad de la Administración de regular *la ordenación urbanística del territorio nacional, artículo 1.º del vigente texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 que comprende la de aprobar el planeamiento, el régimen urbanístico del suelo, ejecución de las urbanizaciones, y el fomento e intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación, artículo 2.º de ese Cuerpo legal, facultades, por tanto, no constreñidas a la intervención conforme a la Ley y al Planeamiento de la actividad referente al aspecto propiamente urbano de ordenación de los núcleos habitados o del suelo apto para la construcción, sino que incluye la de intervenir en cualquier actividad que tenga por objeto el suelo comprendido dentro de los límites de una determinada área geográfica, la municipal cuando se trata de las facultades de los Ayuntamientos; correspondiendo a estas entidades la de adverar la conformidad o no con el planeamiento y con lo dispuesto en la Ley del Suelo de cualquier forma de aprovechamiento del suelo, esté calificado como urbano, urbanizable o no urbanizable,* artículos 77, 78, 79, 80 y 81 de dicha Ley que definen las distintas clases de suelo según que exista aprobado o no un Plan General de Ordenación Urbana; *facultad de intervención que se halla condicionada por las formas de aprovechamiento prevista para cada una de aquellos artículos 83, 84, 85 y 86; sin que sea óbice a esta doctrina la concurrencia de otras competencias atribuidas a diferentes administraciones para otorgar o denegar el permiso que según la naturaleza y aprovechamiento del suelo vengan impuestas en ordenamiento jurídico sectorial, como es el caso de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 que prevé para el aprovechamiento de los recursos naturales del suelo y subsuelo la intervención a través de permisos y concesiones del Ministerio de Industria y Energía;* o del Ministerio de Agricultura a través del Instituto Nacional de la Conservación de la Naturaleza en aplicación de la Ley de Montes.

Comportando la explotación minera para la obtención del mineral de talco la realización de obras de excavación, desmonte, explanación y formación de

escombreras, circunstancia no controvertida por la recurrente en las alegaciones hechas en ambas instancias, resulta incontestable que esa actividad modifica físicamente el suelo y comporta su incidencia en el paisaje de un sector del municipio y, por ende, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 178 de la Ley del Suelo que exige licencia municipal para efectuar movimiento de tierras sin que necesariamente éstas tengan por finalidad la de la construcción, artículo 1-9 del Reglamento de Disciplina Urbanística y artículo 73-*b*) de dicha Ley que impone limitaciones en defensa de la armonía del paisaje a la construcción o a la instalación de otros elementos, y el artículo 21-2-*b*) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, acorde con los preceptos anunciados, que prescribe la *licencia municipal para los movimientos de tierras que modifiquen el relieve del suelo de modo que pueda dificultar el destino previsto en los planes de ordenación o la armonía del paisaje, así como si se cumplen condiciones técnicas de seguridad y salubridad, procede declarar conforme a derecho la exigencia por el Acuerdo Municipal impugnado*, y el que desestimó el recurso de reposición, objeto de este proceso, de licencia municipal a la recurrente para seguir en la explotación de las minas a cielo abierto para la obtención de talco, sin que se prejuzgue con ello el que esa actividad infrinja los condicionamientos establecidos en la Ley del Suelo, artículo 86, en relación con el 85, ni pueda el Ayuntamiento poner obstáculos a esa explotación en función de los intereses públicos sometidos a la tutela de la Administración a través de las concesiones dadas por el Departamento de Industria y Agricultura, ICONA, *quedando limitada la intervención municipal a la salvaguarda de los dimantes (sic) de la Ley del Suelo y normas de Planeamiento que fueren aplicables.*» *(Sentencia de 6 de abril de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2619.)*

2. *La pérdida de la competencia municipal para la concesión de la Licencia, en virtud de la denuncia de la mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo, no impide que el Ayuntamiento pueda decretar la suspensión del otorgamiento de licencias, por lo que la Comisión Provincial habrá de atenerse a ello.*

«Con fecha 15 de marzo de 1985 el Ayuntamiento de Cartagena, con el fin de estudiar el nuevo Plan General de Ordenación Urbana, acordó suspender el otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición en todo el término municipal, con excepción de determinados suelos urbanos delimitados, publicándose dicho acuerdo en el "Boletín Oficial de la Región" del día siguiente; con anterioridad, concretamente el día 22 de diciembre de 194, don Jacinto y don Marcelino P. G., habían solicitado del Ayuntamiento de Cartagena licencia para construcción de 44 viviendas de protección oficial en Avenida de Peroniño y otras calles del Barrio de la Concepción, no resolviendo la Corporación en el plazo de los dos meses siguientes, por lo que los interesados denunciaron la mora ante la Comisión de Urbanismo de Murcia en 22 de febrero de 1985, adoptando ésta en 26 de marzo siguiente, acuerdo de no conceder la licencia por razón de la suspensión decidida por el Ayuntamiento, que fue posteriormente dejado sin efecto, por nueva Resolución de la Comisión de Urbanismo, de fecha 31 de julio de 1985, al estimar el recurso de reposición promovido por los señores P. G.

Sentado lo anterior, resulta pertinente determinar la *eficacia del acuerdo de suspensión de las licencias cuestionado, en el presente caso; a tal efecto, habiéndose publicado en el "Boletín Oficial de la Región", antes de que la licencia interesada hubiera podido presumirse otorgada por silencio administrativo por el transcurso del mes desde la denuncia de mora, y por tanto antes de que la Comisión de Urbanismo hubiese resuelto*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, modificado por el artículo 8.º del Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981, *tal sus-*

pensión debe estimarse conforme a Derecho, impidiendo tal acuerdo que pudiesen otorgarse expresamente licencias en los sectores afectados o pudiesen alcanzarse éstas mediante el juego del silencio administrativo; en este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de febrero de 1980, doctrina que impide aceptar la tesis de la Comisión de Urbanismo, revisada en el proceso.

Frente a lo anterior, no puede articularse con éxito que el Ayuntamiento de Cartagena, una vez acordada la suspensión de la concesión de licencias el 15 de marzo de 1985, no ordenó la interrupción del procedimiento de otorgamiento de lo solicitado por los hermanos P. G., sin que esa interrupción fuese tampoco comunicada personalmente a los interesados, no existiendo, por tanto, pronunciamiento sobre idemnización en cuanto al coste de los proyectos de las obras a realizar y la de devolución de las tasas municipales satisfechas, ya que en virtud de la sustitución o subrogación del órgano urbanístico de tutela, *una vez denunciada la mora, por la pasividad municipal, correspondía a la propia Comisión de Urbanismo ordenar, ante la publicación de la suspensión de licencias por el Ayuntamiento de Cartagena, la observancia de las previsiones contenidas respecto del régimen aplicable a las licencias solicitadas en los períodos transitorios, previos a la suspensión,* como con acierto resolvió en un primer momento, en 26 de marzo de 1985, siendo lógica, por otra parte, la postura municipal, en el caso de la litis, pues denunciada la mora había perdido la competencia para resolver y debía esperar a la resolución del órgano sustitutivo; ahora bien, todo *esto no puede servir para apoyar el acuerdo recurrido, que olvidó lo dispuesto en la normativa sobre suspensión de licencias y por tanto la finalidad última de la medida cautelar, que no es otra que evitar el nacimiento de situaciones urbanísticas contrarias a una nueva ordenación.*

Es evidente, por otra parte, que *esta concreta pérdida de competencia no implica que igualmente se pierda para el resto de la materia urbanística respecto de la que también es competente la propia Autoridad, sino, incluso, para algo tan significativo como la posibilidad de impugnar licencias, precisamente, concedidas por las citadas Comisiones, a pesar de que éstas asuman aquella competencia que la Autoridad perdió,* como reconocen las Sentencias de 15 de marzo y 4 de abril de 1983, 13 de marzo de 1984 y 22 de enero de 1988, y, por lo que aquí concretamente importa, para acordar la suspensión del otorgamiento de licencias, conforme al artículo 27 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y concordantes del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, cuando se proponga estudiar la modificación o revisión de la normativa de dicha naturaleza, de tal manera que, publicado que sea el acuerdo, la concesión de aquéllas se hace legalmente imposible durante el plazo en aquél establecido, resultando indiferente que tenga lugar por resolución expresa o por silencio administrativo, según se infiere de la Sentencia de 25 de febrero de 198,0 y ello ha de ser así porque, de otro modo, se estaría conculcando lo dispuesto en el número 3 del artículo 178 del Texto, dado que, precisamente, *la naturaleza de dicha suspensión y la finalidad de la prohibición de otorgamiento son —como se explica por la de 11 de febrero de 1985— las propias de una institución de carácter cautelar que tiene por objeto asegurar que, mientras se tramita y aprueba un Plan, no se produzcan actos de aprovechamiento del suelo que, al amparo del Ordenamiento en trance de sustitución, consoliden situaciones en pugna con el modelo territorial previsto por el nuevo Plan,* es decir, *"impedir la construcción de edificios que puedan quedar fuera de ordenación, obstaculizando el desarrollo del planeamiento y que engendran situaciones calificadas de aberrantes"* —Sentencias de 18 de diciembre de 1979, 19 de octubre y 7 de diciembre de 1982—.

En el caso enjuiciado, como se denunció la mora el 25 de febrero de 1985 y antes del 16 de marzo del mismo año —en que se publicó el acuerdo de suspensión referido— no había resuelto la Comisión Provincial, ya lo hiciera en cualquier momento posterior (como, de un modo expreso, lo hizo el 26 de este último mes), o diera lugar, con su pasividad durante un mes a que

pudiera operar el silencio positivo, *en ningún caso podía tenerse en cuenta el planeamiento preexistente a la solicitud de licencia, ya que lo que procedía, por resolución expresa o por simple ministerio de la ley, era acordar dejar en suspenso la decisión correspondiente, que es lo que, con todo acierto, hizo la Comisión en su Acuerdo citado de 26 de marzo, el cual no debió reponer por el que aquí se recurre de 31 de julio de igual año, toda vez que es éste el que no se ajusta a la normativa expresada*, porque, aun reconociendo esa potestad municipal para suspender el otorgamiento de licencias, consideró que ésta era concedible por no encontrarse obstáculo para ello en el planeamiento aplicable, que era, a su juicio, el vigente al solicitarse aquélla, y al entender la sentencia recurrida que esta decisión no era conforme a Derecho, la misma tiene que ser confirmada.» *(Sentencia de 14 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2165.)*

3. *Suspensión de los efectos de una licencia urbanística. Constitucionalidad del artículo 186 de la Ley del Suelo.*

Vid. V. ADMINISTRACION LOCAL. *(Sentencia de 27 de mayo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4512.)*

XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Carácter revisor. Se reafirma la tesis según la cual, rechazada la motivación formal única del recurso de alzada, no es preciso retrotraer lo actuado en el expediente administrativo, pudiendo el Tribunal entrar a enjuiciar el acto en toda su extensión.*

«Una doctrina tradicional del Tribunal Supremo venía declarando que, en aras de la función revisora que los Tribunales Contenciosos tenían encomendadas, al no haberse pronunciado la Administración sobre la cuestión de fondo debatida, por no estimar que existía una causa de inadmisibilidad, tenía que retrotraerse lo actuado en el expediente administrativo, a aquel momento procedimental, para que la Administración entrase a conocer del fondo de la cuestión; y sólo tras la desestimación de la misma cabía —por supuesto en otro proceso— la revisión jurisdiccional sobre la cuestión de fondo.

Tal tesis está siendo sometida a revisión en una nueva doctrina del Tribunal Supremo, de la que son fieles exponentes las Sentencias de 5 de diciembre de 1975 y 27 de febrero y 3 de marzo de 1976, en donde se declara que el carácter revisor de la Jurisdicción Contenciosa no quiebra porque rechazada la motivación formal única del acto resolutorio de la alzada, se entre a enjuiciar el acto originario en toda su extensión; porque si bien el tema de la legalidad del acto, no ha sido contemplado en vía de recurso —al declararse la inadmisibilidad— no falta el acto administrativo decisorio, puesto que tal tema fue contemplado en la primera de las resoluciones sometidas a Alzada, y no se olvide que la acción procesal ejercitada en el proceso, se dirige, tanto contra el decisorio del recurso, como contra el acto originario; afirmación que se refuerza si acudimos al principio de economía procesal, inspirador de un buen sistema de procedimiento que implica ahorro de tiempo, de actividades y gastos, principio que se conculcaría si, respecto de un mismo asunto, tuviera que acudirse en más de una ocasión a la vía jurisdiccional para dilucidar —separadamente— las eventuales objeciones formales, opuestas en Alzada, de las de fondo.» *(Sentencia de 6 de junio de 1988, Sala 5.ª, Ar. 4530.)*

B) *Sentencia.*

1. *Supuesto de inejecución. La ejecución por sustitución de la prestación sólo es admisible cuando la ejecución es absolutamente imposible física o legalmente.*

«Esta Sala tiene recordado en su reciente Auto de 5 de abril de 1988, que *el artículo 117,3 de la Constitución establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales; que el artículo 118 de la propia Constitución dispone que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto;* que el artículo 18,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 determina que *las resoluciones judiciales sólo pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes;* y que el apartado 2 del mismo artículo señala que *"las sentencias se ejecutarán en sus propios términos";* y es doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en sus Sentencias 34/1982, de 14 de junio (R. T. Const. 34), 58/1983, de 29 de junio (R. T. Const. 67), 155/1985, de 12 de noviembre (R. T. Const. 155) y 167/1987, de 28 de octubre (R. T. Const. 167), la de que *el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24,1 de la Constitución comprende el derecho a obtener la ejecución de la sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar las medidas necesarias para el total cumplimiento del Fallo como disponen también los artículos 105,1, a) y 110 de la Ley de esta jurisdicción, señalando el 109 de la misma que es caso de responsabilidad civil y criminal la infracción de lo preceptuado en la ejecución de las sentencias, entendiéndose como desobediencia punible en forma igual a lo establecido respecto a las sentencias de los Tribunales de lo Civil y de lo Criminal;* habiendo declarado también el Tribunal Constitucional en Sentencia 109/1984, de 26 de noviembre (R. T. Const. 109), y esta Sala en Auto de 21 de marzo pasado, *la exclusividad de la competencia de Jueces y Tribunales, para hacer ejecutar lo juzgado, debiendo haber identidad entre lo juzgado y lo ejecutado* (ejecución en los propios términos de la ejecutoria como dice el artículo 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los Autos de este Tribunal ya citados de 21 de marzo y 5 de abril últimos); pues *el derecho a la efectividad de la tutela judicial del indicado artículo 24.1 de la Constitución incluye el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en sus propios términos, sin que se pueda acudir a una prestación sustitutoria, aunque se repute equivalente, a menos de que el cumplimiento natural en sus propios términos no resulte posible como dice el repetido artículo 18,2 de nuestra aludida Ley Orgánica; imposibilidad que, como aclara nuestro Auto de 5 de abril de 1988, hay que interpretar en su sentido más restrictivo y en términos de imposibilidad absoluta* (absoluta imposibilidad física o evidente imposibilidad jurídica de cumplir el fallo) sin que, como precisa la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987 de 28 de octubre, sea de ninguna manera admisible lo que ya la Sala 5.ª de este Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de junio de 1977 había calificado como la insinceridad de la desobediencia disimulada de los Organos Administrativos, que se traduce en cumplimiento defectuoso o en formas de ejecución indirecta, como lo son la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado, o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la ejecución del fallo.

Dado, pues, que *la ejecución por sustitución de la prestación debida por otra que se repute equivalente únicamente cabe cuando la ejecución de la primera es absolutamente imposible física o legalmente, la cuestión se reduce ahora a analizar si es o no física o legalmente imposible cumplir el fallo de la sentencia firme de autos en sus propios y literales términos tal como fue-*

ron los mismos especificados por los Autos firmes de la Sala Territorial de 3 de julio de 1981 y 29 de junio de 1983 que ordenaron se procediera inmediatamente "a restablecer el camino de acceso a la repetida parcela de Pacharandi *tal como venía existiendo y que discurría en parte junto al Caserío de Cocochea".*

La prueba pericial interesada por esta Sala y practicada para mejor proveer la resolución que ahora dictamos, ha acreditado, sin lugar a dudas, que la ejecución natural y en sus propios términos de la ejecutoria, es aquí plenamente factible, pues se trata simplemente de realizar una obra totalmente ejecutable que tiene un presupuesto de 2.118.92 psetas, coste de restitución del camino al estado original (sin tener en cuenta las consecuencias que tal restitución habría de tener sobre la utilización del prado actual). El restablecimiento natural de la senda o camino es, pues, posible en el orden físico.

Queda por analizar si es o no legalmente posible esta restitución teniendo en cuenta que el restablecimiento natural del camino afectaría a la Sociedad cesionaria desde 1970 del usufructo del terreno por el que la senda discurría, sin que dicha Sociedad haya sido parte en el proceso, por lo que el Auto apelado dice que se violaría el prinicpio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio.

Un detenido estudio de las abundantes actuaciones habidas pone de manifiesto que la Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España no puede reputarse ni material ni procesalmente ajena a la cuestión que es objeto de ejecución, y que por tanto no puede considerarse condenada y vencida sin haber sido oída (como afirma el auto recurrido) teniendo en cuenta: *a)* En el orden material, que cuando el 4 de noviembre de 1970 dicha Sociedad adquirió del Concejo de Auza el disfrute del terreno que nos ocupa, el camino ahora en cuestión que en él había era notorio y ostensible, su existencia era visible, innegable, evidente, y ello hasta tal punto, que el apartado A) del pacto 8.° de la misma Escritura de cesión de uso de sendas fincas por los Concejos de Auza y de Elzaburu a la Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España, ya hizo constar expresamente, en explícita referencia a tal camino, que "los caminos y servidumbres de paso que existen hoy en las fincas cuyo disfrute se cede y que están establecidos en beneficio de otros inmuebles de los Concejos, deberán ser respetados por la Sociedad, en cuanto a tales derechos; pero podrá alterarse el lugar de paso, si ocasiona perjuicios para los planes de la Sociedad de Fomento, quedando ésta obligada si fuera preciso, a hacer un camino de ancho suficiente por los límites de la finca cedida"; con lo cual el Concejo de Auza ya estaba consintiendo, y la Sociedad de Fomento asumiendo, la prevista perturbación del camino en cuestión el cual había de desaparecer para llevar a cabo los planes de la Sociedad sin tener en cuenta los preexistentes derechos y servidumbres de paso ni lo que pudieran opinar sus titulares de su transformación. *b)* Interpuesto por el recurrente el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo el 11 de diciembre de 1974 reclamando su perturbado derecho sobre las fincas helechales de Pacharandi y Laurcerena y el restablecimiento de los caminos de acceso a las mismas, se publicó el correspondiente Edicto en el "B.O.P." de Navarra el 20 de diciembre de 1974 para que sirviera de emplazamiento a los que tuvieren interés directo en el asunto y a quienes pudieran coadyuvar en el mismo con la Administración en los términos del artículo 64 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que pudiera en el año 1974 aplicarse la doctrina postconstitucional recaída sobre dicho artículo por la obvia razón de que no existía aún la Constitución en 1974, ni por tanto tampoco la doctrina surgida a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.° 9/81, de 31 de marzo (R. T. Const. 9), que no podían por tanto aplicarse en 1974; ello aparte de que no aparece tampoco que existieran datos ni elementosc de ninguna clase, ni en los autos ni en el expediente, que identificasen a la referida Sociedad de Fomento como tercero interesado, y en estas circunstancias de pleito preconstitucional y de falta de identificación de terceros interesados, es clara la doctrina del Tribunal Constitucional (por ejemplo su Auto n.° 583/1985, de 18 de septiembre) en el sentido

de que *bastaba el emplazamiento edictal de los terceros conforme a lo dispuesto en el propio artículo 64 de la Ley Jurisdiccional*, por lo que la referida Sociedad de fomento, si era interesada desde 1970 en el helechal y en sus caminos de acceso, según ahora aparece en la ejecución de sentencia (folios 82 al 111 de los autos), debió comparecer y defenderse en el proceso iniciado en 1974 y del que ahora se tramita la ejecución de su sentencia, y por tanto dicha Sociedad no puede ser considerada ahora en esta fase de ejecución de sentencia una tercera interesada condenada sin ser oída y vencida, sino que está plenamente afectada por la sentencia en su día recaída y ahora en ejecución en un proceso para el que fue en su día debidamente llamada y emplazada conforme al artículo 64 citado de la Ley de la Jurisdicción; por lo que *la circunstancia de que la repetida Sociedad se haya de ver ahora afectada en su derecho de disfrute de la finca por la ejecución de la sentencia, no constituye impedimento legal alguno para su ejecución efectiva, dado que las circunstancias materiales y procesales expuestas evidencian que dicha Sociedad no es una tercera ajena al fallo, sino que está manifiestamente involucrada en él; todo lo cual conduce a la conclusión de que no existe tampoco imposibilidad jurídica alguna de ejecutar en sus propios términos la sentencia firme;* y con ello dicho está, que perece toda la fundamentación del Auto recurrido que deberemos revocar en todas sus partes, para obligar a la ejecución natural de la sentencia, con todas las consecuencias y advertencias legales.

A la precedente conclusión convergen una serie de consideraciones particulares y generales que estimamos oportuno traer a colación también para mayor justificar la decisión, y que son las siguientes: *a)* En términos de la lealtad material y procesal a que los litigantes están obligados, no es posible aceptar la actuación del Concejo de Auza negando pertinazmente primero la existencia misma del camino en su Acuerdo de 20 de agosto de 1981 y en su informe de 20 de octubre del mismo año (folios 93 y 99 al 100 de las Diligencias de ejecución) para haber de reconocer después la inexactitud de sus asertos anteriores y afirmar que lo que sucede es que el camino se invadió con el embalse y que ahora no es posible restaurarlo (folios 108 al 111 de los Autos). *b)* No es legalmente aceptable tampoco la actuación de la Audiencia de dictar en la fase de ejecución los Autos firmes de 3 de julio de 1981 y 29 de junio de 1983 ordenando el restablecimiento del camino (folios 45 y 46 y 54 y 55 de los Autos) para resolver después todo lo contrario en el Auto recurrido (folios 116 y 117) teniendo por cumplida la sentencia cuando nada se hizo con este fin después de los referidos Autos. *c)* No eran procedentes las peticiones del Concejo de que se tuviera por cumplida la sentencia con la prestación de sustitución arbitrariamente elegida por él y por la Sociedad en cuestión, ni tampoco era legalmente posible una resolución como la de la Audiencia teniendo por cumplida la sentencia mediante prestación diferente a la ordenada en el fallo de la sentencia; pues o la sentencia se cumple en sus propios términos (que es lo que manda el artículo 18,2 de nuestra Ley Orgánica), o es imposible hacerlo, en cuyo caso el Tribunal debe adoptar las medidas necesarias para asegurar su mayor efectividad posible y al mismo tiempo debe fijar la indemnización que resulte procedente por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno, con audiencia de las partes como ordenan el propio artículo 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 107 de la Ley Jurisdiccional (la redacción del cual, después de la Constitución y de nuestra aludida Ley Orgánica, ha de entenderse en la forma que explica nuestro Auto de 21 de marzo pasado). Y *d) El derecho a la ejecución de la sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución* (protegido como derecho fundamental por el ya mencionado art. 24.1 de la Constitución), *sino que es también un esencial interés público el que está implicado e interesado en ello como fundamento del Estado de Derecho que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales, y que se cumplan en sus propios términos, y no en los que decidan los particulares según sus conveniencias o arbitrios; debiendo significarse también que los Tribunales no pueden amparar ejecuciones sustitutorias, por*

equivalentes y aún mejores que puedan parecer estas últimas, pues la ejecución se ha de hacer en los términos de la sentencia, sin margen alguno de discrecionalidad judicial, salvo el caso de imposibilidad material o legal, que es cuando puede abrirse paso a la prestación sustitutoria.» (Auto de 13 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 4375.)

2. *Doctrina sobre los supuestos de imposibilidad legal de ejecución de sentencia por modificación del ordenamiento urbanístico en relación a lo excepcional de su apreciación.*

«No resulta fácil la concreta determinación de los supuestos de "imposibilidad legal de ejecución", concepto éste que en sí mismo ya produce cierta extrañeza.

En efecto, *la ejecución de la sentencia es una exigencia legal establecida al máximo nivel, pues la impone la Constitución no sólo en su artículo 118, sino también en el artículo 24,1, dado que el derecho a la tutela judicial "efectiva" incluye dentro de su contenido, incluso de forma culminante, el derecho a la ejecución de sentencia.*

Así las cosas, y dado que hay que partir de la base de que el contenido de la sentencia a ejecutar goza de la presunción *iuris et de iure* de legalidad propia de la cosa juzgada —art. 1.251, párrafo segundo del Código Civil—, la imposibilidad legal de la ejecución se liga fundamentalmente, en lo que ahora importa, a los supuestos de una modificación normativa que es justamente uno de los límites de la cosa juzgada.

Planteando el problema en el ámbito del derecho urbanístico, las partes han discutido respecto de cuál es el planeamiento aplicable a la hora de otorgar las licencias urbanísticas, cuestión éste reiteradamente resuelta por esta Sala en el sentido de entender que ha de ser el vigente en el momento de la "decisión" si ésta se produce dentro lel plazo previsto en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y el existente en el instante de la "solicitud" si el acuerdo sobre la misma recae pasado dicho plazo.

Es claro, pues, que *en los supuestos de licencias a otorgar en ejecución de sentencia ha de ser tenida en cuenta no la ordenación vigente al tiempo de la ejecución, sino la aplicable en el momento de la solicitud* —a la misma conclusión llegaríamos aplicando la regla procesal de la "retroactividad de la sentencia al día de la demanda" que muy gráficamente se funda en la indicación de que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón"—.

En consecuencia, y puesto que el criterio jurisprudencial de Derecho Transitorio que acaba de mencionarse conduce, como se ha visto, a la aplicación del planeamiento anterior al vigente al tiempo de la ejecución, no hay en puridad imposibilidad legal de ejecutar la sentencia: el ordenamiento jurídico, la legalidad en sentido amplísimo, está integrado también por las normas de Derecho transitorio y si éstas determinan la aplicación de la ordenación antigua, tal aplicación y por tanto la exclusión de la nueva ordenación resulta perfectamente legal. Lo que sí existirá es una imposibilidad de ejecución del nuevo plancamiento —el ejemplo clásico es el de la licencia otorgada para construir un edificio en medio de lo que va a ser una plaza—.

Es en este último sentido en el que hay que entender, en lo que a estos Autos atañe, el criterio de la imposibilidad legal de la ejecución que constituye una consecuencia clara de las exigencias del interés público. Técnicamente podrían arbitrarse otras fórmulas de eliminación de la licencia, pero por razones de economía procesal resulta más aconsejable la de la inejecución prevista en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional.

El Derecho Administrativo aspira siempre a armonizar la garantía del administrado con la prerrogativa exorbitante que deriva de las exigencias

del interés público. El administrado tiene derecho, y ésta es sin duda una muy rigurosa regla general, a la ejecución de la sentencia. Pero la protección del interés público, en los supuestos de cambio de ordenación, puede exigir, y éste es también sin duda un muy excepcional criterio, la no ejecución de la sentencia.

Subrayando otra vez lo muy excepcional del supuesto esto es esencial en un Estado de Derecho—, *habrá que entender que existe la imposibilidad legal de ejecución cuando modificada la ordenación urbanística, la ejecución de la sentencia aplicando la anterior ordenación habría de representar un serio obstáculo para la ejecución del nuevo planteamiento. La concreción del criterio ha de hacerse atendiendo a la índole de las determinaciones del Plan que se pueden ver obstaculizadas y así si se trata de un problema de volumen, ninguna dificultad habrá para aplicar la que es una rigurosa regla general* —ejecución de la sentencia—, *en relación con el concepto de los edificios fuera de ordenación, por el contrario cuando la nueva edificación pudiera impedir la virtualidad práctica de una zona verde o de unos viales podría entrar en juego la excepción de la imposibilidad legal, concepto cuya concreción ha de verificarse teniendo en cuenta las específicas circunstancias de cada caso.*

En definitiva, éste de la imposibilidad legal es un criterio armonizador introducido por el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional, en razón de las exigencias del interés público, y que va a determinar una "conversión" de la ejecución de la sentencia, traduciendo la que se llevaría a cabo en los propos términos de ésta a otra "forma' de ejecución —ésta es la expresión del citado precepto—. Innecesario es advertir que esta nueva "forma" de ejecución, que por cierto admite distintas modalidades —no sólo la pura indemnización— debe asegurar una plena indemnidad patrimonial.

En el supuesto litigioso el edificio a construir no se adapta a las exigencias de las actualmente vigentes Normas Subsidiarias del Planeamiento en cuanto a los vuelos salientes y a las características tipológicas de la edificación y además parte del mismo recae sobre suelo destinado a vial o espacio público —folios 285 y 286 de los autos—.

Es claro que los dos primeros datos carecerían de trascendencia para justificar una inejecución de la sentencia. Podría tenerla, en cambio, el punto relativo al vial o espacio público. Pero ya se ha dicho que es ésta una cuestión a resolver, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. Y así las cosas, ocurre:

A) Que las licencias litigiosas fueron otorgadas ya en 1979. Revocadas después, tal revocación fue anulada por la sentencia de cuya ejecución se trata.

B) Las Normas Subsidiarias que se invocan como fundamento de la imposibilidad legal fueron impugnadas —folio 260—.

Sobre esta base, una conjunta apreciación de todos los datos de hecho dentro del criterio restrictivo que debe presidir la muy excepcional figura que es la inejecución de sentencia, conduce a la conclusión de que en el supuesto litigioso no se aprecia la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia alegada por el Ayuntamiento hoy apelante.» *(Sentencia de 21 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2183.)*

3. *De acuerdo con la Constitución y con la Ley Orgánica del Poder Judicial, la legitimación para plantear el incidente de ejecución imposible de sentencias asiste a todas las partes del proceso, y en especial a los Ayuntamientos litigantes, sin necesidad de depender de la intervención del Abogado del Estado prevista en el artículo 107 LJ.*

«Siendo la primera cuestión que hemos de abordar, la de la legitimación activa del aludido Ayuntamiento para promover el incidente de inejecución de sentencia por supuesta imposibilidad de cumplirla a tenor del artículo 107 de la Ley Rectora de esta jurisdicción; porque dicho precepto reserva y limita al Abogado del Estado la posibilidad de plantear esta clase de incidentes, que es, precisamente, la tesis que la Audiencia sustenta.

Como ya dijo esta Sala en su Auto de 11 de diciembre de 1981 al revocar el que había dictado la misma Sala *a quo* el 4 de mayo de 1979, si bien es cierto que una interpretación estricta del artículo 107 de la Ley Jurisdiccional limita la legitimación para plantear la cuestión de imposibilidad de ejecución de las sentencias firmes al Abogado del Estado, no puede ignorarse que la doctrina contraria a tal tesis parecía ya desprenderse de la Sentencia de este Alto Tribunal de 6 de octubre de 1975 y de los Autos del mismo de 25 de marzo de 1971 y 5 de julio de 1976 en los supuestos en que la imposibilidad se planteaba por la representación de la Administración demandada (Ayuntamiento) ante la no personación de la Abogacía del Estado por haber dirigido su defensa el Abogado propio de la Corporación conforme al artículo 35.1 de la Ley de esta Jurisdicción (en su anterior redacción); y reforzábamos entonces esta interpretación, con las prescripciones de los artículos 24 y 140 de la Constitución, que consagran los principios de la tutela judicial efectiva y de la autonomía de los municipios que gozan de personalidad jurídica plena según el últimamente indicado precepto Constitucional. Y si esto ya pudimos decirlo en el mencionado Auto de 11 de diciembre de 1981, cuando tenía todavía vigencia el artículo 35.1 de la Ley de esta jurisdicción que confería la representación y defensa de las Entidades Locales a los Abogados del Estado, con mayor razón podemos afirmarlo ahora a la vista del artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que derogó en este punto el artículo 35.1 de la Ley Jurisdiccional y confirió en todo caso la representación y defensa de las Entidades Locales a los Letrados de sus propios servicios jurídicos: *no existiendo actualmente ya duda de la posibilidad que tienen las Corporaciones Locales de plantear por sí mismas el incidente de inejecucinó del artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción en el trámite de la ejecución de las sentencias firmes, cuando se presenta el supuesto de imposibilidad material o legal de ejecutar el fallo en sus propios términos; por lo que debe entenderse legitimado en este caso el Ayuntamiento de Granollers para ello,* en contra de lo afirmado por el auto recurrido; *tanto más cuanto que actualmente el principio de tutela efectiva que concede y garantiza a todas las personas el artículo 24.1 de la Constitución, extiende y amplía la legitimación para promover este incidente de inejecución* (cuando el caso se presenta) *a cualquiera de las partes del proceso directamente, sin necesidad de haber de recurrir a la mediación del Abogado del Estado, ya que no puede dejarse al arbitrio o al criterio del mismo la postulación de la tutela efectiva de los Tribunales a la que tienen derecho todas las personas, las cuales están legitimadas por tanto para pedir a los Juzgados y Tribunales,* conforme al artículo 18.2 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial antes citada, *que adopten las meddas necesarias para la mayor efectividad de la ejecutoria y para que fijen la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno si la ejecución resulta imposible;* a lo cual aún puede añadirse que el indicado artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción se redactó bajo la óptica de que era la Administración la encargada

de ejecutar las sentencias de los Tribunales de esta jurisdicción lo cual ha dejado de ser así a partir de artículo 117.3 de la Constitución que atribuye en exclusiva la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado a los Tribunales, como declararon las Sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de junio y 26 de noviembre de 1984 (R. T. Const. 67 y 109 (Sentencias núms. 67 y 109) y refrendó posteriormente el repetido artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuyo cumplimiento no puede depender de las decisiones de postulación que adopten los Letrados del Estado; por lo que todas las personas han de entenderse legitimadas para plantear los incidentes de inejecución del aludido artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción, sin más condicionamiento de que se presente el caso de imposibilidad material o legal de cumplir la sentencia.» *(Auto de 21 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 2241.)*

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

En el ámbito de este proceso se admite una atípica suspensión «ad cautelam» de la ejecutoriedad del acto impugnado, adoptada por el Tribunal con carácter urgente, sin más trámite y sin intervención del Ministerio Fiscal, del Abogado del Estado y de la Administración autora del acto.

«Por el señor Letrado del Estado y por la representación procesal de la Junta de Extremadura se interpuso el recurso de apelación que se enjuicia, contra el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, con fecha 3 de octubre de 1987, en pieza separada de suspensión de la efectividad de la Resolución de la Dirección General de Estructuras Agrarias de la Consejería de Agricultura y Comercio de la Junta de Extremadura de fecha 21 de septiembre de 1987, acto impugnado al amparo de las reglas de procedimiento establecidas en la Ley 62/78, en el recurso contencioso-administrativo n.º 508/87 de la Audiencia Territorial de Cáceres, por Escrito de fecha 2 de octubre de 1987, en el que se solicita con carácter cautelar, urgente y sin pérdida de fecha, se sustancie la aludida suspensión de la ejecutoriedad de la resolución recurrida.

El Auto apelado, en su parte dispositiva, acuerda suspender *ad cautelam* la ejecutividad del Acuerdo adoptado el 21 de septiembre de 1987, por la Dirección General de Estructuras Agrarias de la Consejería de Agricultura y oCmercio de la Junta de Extremadura, respecto a la fecha fijada para levantar el Acta de Ocupación definitiva de la finca Valero, calificada como Manifiestamente Mejorable, por Decreto de la Junta de Extremadura n.º 38/1987 de 12 de mayo; pronunciamiento al que llega en base a los razonamientos que en dicha resolución se contienen y que fundamentalmente descansan en los principios de tutela efectiva y protección judicial de los derechos reconocidos a todas las personas por el artículo 24 de la Constitución, principios que se podrían ver conculcados con la perentoriedad de la fecha de ocupación definitiva de la finca Valero, señalada para el día 5 de octubre de 1987, por Resolución de la Dirección General de Estructuras Agrarias de fecha 21 de septiembre del precitado año, habida cuenta, por otra parte, que en el recurso contencioso-administrativo n.º 440/87, en el que se sustancia en pieza separada la solicitud de suspensión de la efectividad de la Resolución de la Dirección General de Estructuras Agrarias de 21 de septiembre de 1987, se encuentra trámite de oír a las partes "para una eventual cuestión de inconstitucionalidad del artículo 6.º de la Ley de Fincas Mani-

fiestamente Mejorables respecto a la ejecutoriedad del Decreto expropiatorio".

La atípica suspensión *ad cautelam*, decidida por el Tribunal *a quo*, que podría encontrar su respaldo jurídico no tan sólo en el artículo 24 de la Constitución, sino también en el artículo 6.° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, queda, en cuanto al recurso de apelación deducido frente a la resolución que lo adopta, vacía de contenido, al haberse dictado posteriormente Auto, del que esta Sala tiene conocimiento por haber resuelto el recurso de alzada contra él deducido, en que se suspende la efectividad de la resolución cuya ejecutoredad fuera cautelarmente suspendida, por la resolución objeto del recurso de apelación que nos ocupa, la cual si bien fue adoptada sin haber dado traslado de la solicitud que motiva la iniciación de la pieza separada en que se produce al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, ni requerir al órgano del que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días pueda informar acerca de la solicitud de suspensión, incumpliendo con ello los trámites establecidos para la suspensión de la efectividad del acto impugnado al amparo de la Ley 62/78 en el n.° 3 de su artículo 7.°, razones de economía procesal conducen a no declarar su nulidad y a desestimar el recurso de apelación contra ella formulado, sin que esta desestimación implique la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.» *(Auto de 28 de marzo de 1988, Sala 5.ª, Ar. 2546.)*

XIV. RESPONSABILIDAD

Nexo causal. Detención por la policía de un profesor acusado de violación. No existe el nexo causal que justifique la responsabilidad de la Administración.

«El problema, por tanto, se centra en saber si del funconamiento de los órganos policiales se derivan responsabilidades para la Administración por daños morales. Es sabido que el artículo 40 de la Ley de Régmen Jurídico de la Administración del Estado, que data de 1957, reguló en términos sumamente avanzados, sitándose a la cabeza de las regulaciones sobre la materia en los países occidentales, la *responsabilidad extracontractual de la Administración dimanente de la actuación normal o anormal de los servicios públicos (expresión esta última que se utiliza en sentido atécnico, como equivalente a actividades administrativas).* El artículo 106.2 de la Constitución española de 1978 ha incorporado —casi en sus mismos términos, suprimiendo esos adjetivos— aquel texto vigente en España desde hacía veinte años. *Los Tribunales de Justicia, que han hecho abundante uso del precepto, vienen exigiendo siempre la existencia de nexo causal entre los posibles daños y la actuación administrativa de que se trate. De manera que si ese nexo o conexión falta, no hay lugar a imputar responsabilidad alguna a la Administración.* Desde luego aquí no ha habido actuación *anormal*, pues el demandante reconoce que la Policía actuó en todo momento con absoluta corrección y que fue llevado a presencia del juez antes de las veinticuatro horas. Tampoco es anormal que se le retuviera hasta ese momento, dada no sólo la gravedad del hecho imputado, sino la existencia de los motivos racionales para creer en la existencia de delito e incluso para creer en la posible imputabilidad. Sin que esto deba interpretarse como desdoro de la honorabilidad —que ha resultado probado con toda claridad en el caso— del imputado. Porque la Policía se encuentra con una denuncia de un hecho grave —que hoy, por su frecuencia, viene provocando indignación social frente a una pretendida y no siempre real situación de inseguridad— y por una identificación claramente hecha por la que se dice perjudicada. Lo que no puede la Policía saber en ese momento es si esos hechos son verdaderos, y *aunque la presunción de inocencia existe y está constitucionalmente reconocida, la*

Ley le autoriza y la prudencia aconsejaba esperar a que el juez decidiera al día siguiente lo que debería hacerse. Y tampoco hay anormalidad en que se le condujera en coche celular a presencia del juez en las mismas condiciones que a los demás detenidos. El funcionamiento de la Policía fue absolutamente *normal*, por tanto. Aun así, es necesario plantearse la cuestión de si de ese funcionamiento normal se deriva responsabilidad en este caso. Esta Sala entiende que no. Porque no es sólo que ni siquiera hay error ni negligencia en la actuación policial, es que falta el nexo causal necesario para la imputación a la organización administrativa de los posibles daños causados por su funcionamiento *normal*. Una familia acusa, una familia identifica, y se pide al imputado, identificado por la familia, que se venga a las dependencias policiales. Se le interroga, y a la vista de las argumentaciones de uno y otros se considera prudente retenerlo hasta el día siguiente. Y es posible —aunque sobre ello nada se dice— que en esa decisión pudiera haber pesado el hecho de que, como reconoce el demandante, desde siete meses antes se seguían en la misma Comisaría y en el Juzgado otras actuaciones —siquiera fueran por hechos infinitamente menos graves— contra el hoy demandante, ,hechos, estos otros, que reconoce como verdaderos y de los que parece estar orgulloso, pues considera que no deben cancelarse esos antecedentes. Lo que implica reconocer que no ve merma en su honor por el hecho de ser fotografiado en las dependencias policiales. Es posible que el imputado haya sufrido daños morales; sobre esto la Sala en todo caso no se pronuncia. Pero, de haberlos, esos daños no son imputables a la Administración, sino, tal vez (sobre esto la Sala tampoco se tiene que pronunciar aquí, aparte de que, al parecer, hay informes médicos contradictorios) a quienes provocaron —por lo que se ve sin fundamento alguno— la detención. Pero esta cuestión habría que debatirla en otra jurisdicción que —puesto que la penal ha fracasado— tendría que ser la civil. *Falta nexo causal entre la normal actuación de la policía y los daños que puedan haberse causado.* Por tanto, en esta jurisdicción no puede encontrar satisfacción el derecho a una tutela judicial efectiva que tiene el demandante en el caso de que esos daños morales efectivamente se le hayan producido, quedándole abierto el camino para ejecutarlos, en su caso, ante aquella otra jurisdicción.» *(Sentencia de 8 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 5077.)*

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS