

Reseña de sentencias del Tribunal Supremo (1991)

María del Rosario Alonso Ibáñez
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. FUENTES. II. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA. III. EMPLEO PUBLICO. IV. ACTOS ADMINISTRATIVOS. V. CONTRATOS. VI. JURISDICCION CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVA. VII. SANCIONES. VIII. EXPROPIACION FORZOSA. IX. BIENES PUBLICOS. X. SERVICIOS PUBLICOS. XI. URBANISMO.

I. FUENTES

- 1. Procedimiento de elaboración de normas reglamentarias. El Tribunal mantiene la tesis de no estimar preceptivo el dictamen del Consejo de Estado cuando se trate de reglamentos dictados por la Comunidad Autónoma sobre materias reguladas por normas no estatales de su exclusiva competencia ya sea inicial o transferida.**

«El examen de tales cuestiones, sólo será abordable si prosperase la apelación de la Generalidad Valenciana y hubiera de revocarse la sentencia cuando mantiene la necesidad del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria regional que desarrolla una Ley de igual filiación, objetivo primordial de las consideraciones siguientes.

La alternativa que plantea al adherirse al carácter preceptivo o no del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en el procedimiento de elaboración de reglamentos regionales dictados en desarrollo de una Ley Autonómica, en orden a su validez, ha dado lugar a soluciones contrapuestas en nuestro propio ámbito jurisdiccional.

Las posiciones extremas están representadas básicamente, de un lado por el criterio jurisprudencial que entendía obligada la aplicación literal del art. 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980, de 22 de abril, en relación con los arts. 22.3 y 2.1.1 de la misma disposición.

En el extremo opuesto se sitúa otro importante sector, que no estimaba preceptivo el dictamen, ni siquiera incluso respecto de los reglamentos regionales que viniesen a completar una Ley básica del Estado, por entender que la valoración de los aspectos de oportunidad y conveniencia, estaban dados en función de necesidades específicas de la propia política autonómica, no subordinadas a la interferencia de un órgano estatal. El factor preponderante era pues preservar el derecho fundamental a la autonomía de nacionalidades y regiones consagrado en los arts. 2 y 143 de la Constitución.

En un posicionamiento intermedio cabría situar la solución adoptada por el Estatuto de la Comunidad Andaluza (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre), que en su art. 44 sólo precisa el dictamen del Consejo de Estado, cuando se trate de Reglamentos Generales que la Comunidad dicte en ejecución de Leyes Estatales, precepto del que cabe inferir la innecesariedad de este requisito, cuando el reglamento autonómico desarrolla Leyes estrictamente regionales.

En esta situación, la sentencia de la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15-7-1985, excusó la necesidad del dictamen, respecto de un Decreto de la Autonomía Catalana, porque autorizada ésta por el art. 41 del Estatuto (Ley Orgánica 4/1979 de 18 de diciembre, había creado su propio órgano consultivo por Ley del Parlamento de Cataluña, de 25-2-1981, modificada por la de 25-6-1985, decantándose en aquel supuesto hacia la prescindibilidad del requisito de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Sentencias posteriores se han orientado hacia la generalización de la dispensa de dicho requisito, cuando se trate de reglamentos dictados por la Comunidad sobre materias reguladas por normas no estatales de su exclusiva competencia ya sea inicial o transferida porque el sentido propio del art. 23.2, establece el carácter preceptivo en los mismos casos previstos en la Ley para el Estado, es decir, en los supuestos de ejecución de Leyes estatales (S, 15-12-1989, S. 7-3-1990, S. 1-6-1990 y S. 27-7-1990).

Es por tanto procedente asumir esta solución y atemperarse a ella en interés de la seguridad jurídica amenazada por la disparidad de criterios existentes al respecto, sobre una materia cuya misma complejidad interpretativa, impediría aferrarse a una postura de intransigente dogmatismo.

En aras de la uniformidad que debe presidir la dirección jurisprudencial, procede revocar, en este caso, la declaración de nulidad del Decreto impugnado, por cuanto se trata de una reglamentación de

desarrollo de una Ley Autonómica, pasando a examinar el resto de las cuestiones que con el mismo propósito enervatorio, mantiene la Asociación adherida a este recurso de apelación».

(Sentencia de 28 de noviembre de 1991, Sala 3ª, secc. 2ª, Ar. 9550. Ponente: LLORENTE CALAMA)

II. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

- 1. La facultad que la legislación local otorga a los concejales sobre solicitud de Plenos extraordinarios no está sometida a ningún límite de carácter sustantivo ni corresponde al Alcalde valorar el asunto concreto en orden a la aceptación o no de la solicitud de convocatoria. Es una competencia estrictamente reglada.**

«Debe prosperar el recurso de apelación que formula el Abogado del Estado. El apartado 2 a) del artículo 46 del Texto Refundido de 18-4-1986 y, en fin, el artículo 78.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28-11-1986 disponen que el Alcalde está obligado a convocar en sesión extraordinaria el Pleno extraordinario de la Corporación cuando —como aquí ocurre— la solicitud de convocatoria se presenta por la cuarta parte, al menos, del número legal de concejales, debiendo ser convocada la sesión dentro de los cuatro días siguientes al de la petición, sin que la misma pueda demorarse por más de dos meses desde que el escrito tuviera entrada en el Registro General.

Las normas en examen sirven de desarrollo de un derecho fundamental y garantizan un principio institucional básico, lo que debe reflejar su interpretación. El derecho de convocatoria que la Ley atribuye a una fracción minoritaria de los Concejales de un Ayuntamiento sirve a la doble finalidad de asegurar el ejercicio del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos y, al mismo tiempo, garantiza el funcionamiento democrático de los Ayuntamientos, al asegurar la protección de Concejales que merecen, como minoría, protección legal.

Como resulta de muy reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal (SS. 22-5-1985, 8-7-1986, 5-10 y 23-12-1987 o 16-2-1988) el artículo 23.2 de la Constitución, que consagra el derecho a todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, también alcanza el supuesto que aquí se examina. El artículo 32.2 comprende, sin duda, el derecho a desempeñar los cargos públicos de acuerdo con lo previsto por las Leyes, que regularán el ejercicio de

tales cargos en condiciones adecuadas y proporcionadas a la función representativa que en cada caso se desempeña. El artículo 140 de la Norma Fundamental exige en los municipios, cuya autonomía garantiza, una estructura democrática, homogénea con los restantes entes territoriales del ordenamiento. La atribución por la Ley a la cuarta parte, al menos, de los Concejales del derecho a solicitar y obtener una sesión extraordinaria refleja el principio consustancial al pluralismo democrático, de la participación de los grupos minoritarios en el funcionamiento de las instituciones representativas, por lo que es obligado entender que la convocatoria de estos Plenos extraordinaria es una competencia estrictamente reglada del Alcalde que la Ley dispone en forma clara y terminante sin que, por ello, admita valoraciones del propio Alcalde o de la mayoría municipal como las que aquí se han hecho respecto de la banalidad de la cuestión o prácticas que, so pretexto de que la cuestión ya ha sido debatida, desvirtúen o corrijan su aplicación. No puede aceptarse, por último, a la vista de las actuaciones, que haya habido abuso o ejercicio antisocial del Derecho por los Concejales solicitantes del Pleno —como se alega por la Corporación apelada— ni es aceptable la invocación del interés general de los vecinos que aduce el Ayuntamiento demandado para negar a concejales minoritarios, que también representan legítimamente la voluntad de esos vecinos, un derecho por el que el que el ordenamiento les asegura precisamente, de acuerdo con las exigencias del funcionamiento democrático de una institución representativa, la facultad de llevar al órgano municipal que tiene atribuido el conocimiento de esas cuestiones de interés general lo que ellos entiendan relevante.

Las graves consecuencias que supondría el desconocimiento del derecho examinado, sin mecanismos adecuados de control, justifica la inclusión del presente supuesto entre los previstos en el artículo 65 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (art. 78.4 ROFRJEL) y la consiguiente legitimación procesal de la Administración del Estado (STC 214/1989, F23) —con la consiguiente defensa de la convocatoria por el Abogado del Estado— en un mecanismo que no vulnera la autonomía municipal sino que, por el contrario, se orienta a preservarla, al asegurar el funcionamiento de los órganos de los Entes locales (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1984, F7).»

(Sentencia de 10 de diciembre de 1991. Sala 3ª, secc. 4ª, Ar. 9287. Ponente RODRIGUEZ-ZAPATA)

2. Imputación a las Administraciones Locales de obligaciones y competencias para la realización de labores de reclutamiento de mozos previstas en el Reglamento de Servicio Militar. Las

funciones desarrolladas por los Ayuntamientos como órganos de reclutamiento se prestan no sólo en interés de la Defensa Nacional, sino en interés también de los propios vecinos. La labor realizada por los municipios, con independencia del carácter de propia competencia o delegada, es una labor de colaboración y de gestión de los intereses propios de su correspondiente colectividad.

«Constituye objeto del presente recurso la impugnación por la «Federación de Municipios de Catalunya» del Real Decreto 611/86, 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Servicio Militar, dando cumplimiento al mandato prescrito en la Disposición Final de la Ley 19/1984, 8 de junio, del Servicio Militar, refiriéndose específicamente el contenido del recurso a la falta de previsión alguna en cuanto a la compensación económica, por los cometidos, responsabilidades y obligaciones que se atribuyen a los municipios en materia de reclutamiento, al entender la parte actora que los Ayuntamientos reciben una serie de competencias y responsabilidades, en calidad de competencia delegada, sin que en el Reglamento que se impugna se contenga ninguna precisión relativa a la compensación de los gastos que el cumplimiento de las responsabilidades, a su juicio delegadas, supone para los municipios, ni se prevé, tampoco, ninguna transferencia a estos efectos, considerándose por la parte recurrente que la cuestión a resolver por esta Sala radica en «si resulta legítimo y jurídicamente admisible que se imputen a las Administraciones Locales obligaciones y competencias propias de otras Administraciones sin preverse, al mismo tiempo, la transferencia de los recursos correspondientes a su ejercicio», debiendo de resolverse en este mismo sentido «si por consiguiente procede reconocer el derecho de los Ayuntamientos a ser compensados por los gastos efectivamente causados a sus respectivas haciendas, como consecuencia de las responsabilidades imputadas por el Reglamento».

Se parte por la Federación de Municipios de Cataluña, del hecho de que no se puede negar que el Reglamento cuestionado imputa a los Ayuntamientos españoles un conjunto de cometidos y responsabilidades que reciben en calidad de competencia delegada, de la Administración Estatal, que concreta en los siguientes apartados: 1) Los Ayuntamientos son considerados «Organos de reclutamiento» (art. 16.1). 2) En tal calidad deben efectuar el alistamiento y la clasificación provisional de mozos, de acuerdo con la reglamentación aplicable (art. 24). 3) Deben efectuar la inscripción de los mozos y han de procurar una publicidad suficiente para que la obligación de inscribirse sea conocida por sus destinatarios (arts. 32 y 33). 4) Los Ayuntamientos deben efectuar el alistamiento de los mozos que hayan formalizado la inscripción

obligatoria y alistar de oficio a los no inscritos voluntariamente (art. 36). 5) Son, además, competentes para efectuar la clasificación provisional de los mozos alistados en su demarcación (art. 39.2) 6) Deben remitir la documentación relativa al alistamiento y a la clasificación provisional al correspondiente centro provincial (arts. 40 y 42). 7) Deben atender las reclamaciones y alegaciones de los mozos, en relación a cualquier fase de reclutamiento (art. 148). 8) Los municipios reciben la competencia de sancionar los incumplimientos de la Ley y el Reglamento (art. 235) y 9) Al margen de todo ello, los Ayuntamientos asumen también otros menesteres relacionados con esta materia, como es, la transmisión y comunicación oficial del correo que la Administración militar dirige a mozos y reclutas. Al mismo tiempo de forma paralela al listado de obligaciones el Reglamento a la Ley del Servicio Militar establece, según se dice, una serie de controles y tutelas sobre la actividad municipal que se pueden concretar en los siguientes apartados: a) La actuación de los municipios se encuentra sometida genéricamente a la dirección y coordinación de la Dirección General de Personal de la Administración Militar (art. 18.b). En este sentido, la mencionada Dirección General establece las directrices generales y coordina las medidas que deben adoptar los municipios en materia de publicidad de la obligatoriedad de alistamiento (art. 18.f). b) Los Ministerios de Defensa y Administraciones Públicas pueden nombrar Comisiones Mixtas Inspectoras para supervisar las operaciones de reclutamiento efectuadas por los Ayuntamientos (art. 30) y c) Los acuerdos tomados por los municipios sancionando incumplimientos de la reglamentación son recurribles en alzada ante la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa (art. 235).

En el suplico de la demanda rectora de las presentes actuaciones se postula, por la Federación recurrente, se dicte sentencia «por la que se declare no conforme a Derecho el Reglamento recurrido, por no articular la compensación financiera de los gastos que se originan a los Municipios como consecuencia de las funciones y responsabilidades que se les imputan en el mismo; y se reconozca el derecho de aquellos a tal compensación con efectos desde la publicación de tal Reglamento», debiendo hacerse notar que la Ley 19/1984, del Servicio Militar, no contempla previsión alguna a este respecto, por lo que un pronunciamiento jurisdiccional en el sentido pretendido por la parte recurrente no es posible hacerlo, en atención a que cuando se impugna un Reglamento ejecutivo, cual es el Reglamento a la Ley del Servicio Militar, la fiscalización jurisdiccional debe quedar constreñida a la comprobación de si el Reglamento impugnado desborda los límites de la Ley que desarrolla y la de preceptos constitucionales, o constriñe, modifica o restringe las prevenciones legales en desarrollo de las cuales se dicta el Reglamento, pero no debe implicar el que se realice jurisdiccionalmente una labor

supletoria de la omisión de una falta de previsión o regulación legal, que no está contemplada por la Ley a la que el Reglamento viene a dar desarrollo, y que ha de materializarse en una labor normativa impropia de la función revisora o fiscalizadora que a esta Jurisdicción compete, por lo que no habiéndose opuesto por la parte recurrente una discordancia al respecto, entre la Ley y Reglamento, no es factible el accederse a las pretensiones formuladas por la parte actora, en tanto en cuanto se pide, o solicita, que esta Sala venga a suplir por vía de declaración jurisdiccional una omisión tanto legal como reglamentaria, referida a la falta de previsión de la compensación financiera inherente a los cometidos que los Municipios realizan, con independencia de si la labor que efectúan lo es como consecuencia de atribuciones, o competencias, propias o delegadas.

En otro orden de ideas sí parece oportuno poner de relieve que el planteamiento recursivo e impugnatorio que por la Federación de Municipios de Cataluña se realiza del Reglamento a la Ley del Servicio Militar, orilla una cuestión previa de indudable trascendencia cual es que la Defensa Nacional rebasa el ámbito de la pura defensa de carácter militar, apareciendo como una de las que primordialmente desarrolla cualquier Estado y, al mismo tiempo, como uno de sus fundamentos o justificaciones más características. El art. 30.1 de la Constitución señala que «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España» y dentro de ese papel de defensa, e integrado en el superior concepto de Defensa Nacional, resulta evidente el papel fundamental que desempeñan nuestras Fuerzas Armadas, cuya misión, según el art. 8 de la Constitución, es la de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» y como quiera que el Estado se halla organizado territorialmente en municipios, cuya autonomía garantiza el art. 140 de la Constitución, y las Fuerzas Armadas tienen como misión esencial la defensa de la integridad territorial y del ordenamiento jurídico-constitucional, el Servicio Militar, a través del cual los españoles canalizan y se preparan para el eventual ejercicio de hacer efectivo el derecho y el deber de defender a España, no es una cuestión ajena a los Ayuntamientos y en razón de ello cuando un Ayuntamiento cumple determinadas funciones en relación con el Servicio Militar no gestiona nada que sea ajeno a su propio interés ni al de sus vecinos puesto que se ocupa, en el ámbito de colaboración, a que alude el art. 10.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, de aquello que garantiza su propia existencia constitucional y territorial, sin que pueda sostenerse que el citado Servicio sea algo instituido en interés exclusivo de las Fuerzas Armadas o de la Administración del Estado, sino en interés de España —concebida como una unidad que se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas (art. 137 de la Constitución)—, y de to-

dos los españoles que son los ciudadanos del Estado, por ello las funciones desarrolladas por los Ayuntamientos como órganos de reclutamiento, efectuando el alistamiento, la clasificación provisional de los mozos y otras tareas o cometidos conexos, se prestan, como tradicionalmente ha sido, no sólo en interés de la Defensa Nacional, que sería suficiente por que como se ha señalado afecta a todos los ciudadanos y, en mayor medida, a todas las Administraciones Públicas y a sus órganos correspondientes, sino en interés también de los propios vecinos a los que la proximidad de la Administración Municipal facilita el cumplimiento de la preparación para el ejercicio, en su caso, de su deber y derecho de defender a España siendo en tal sentido, la labor realizada por los municipios y que encomienda el Reglamento impugnado, con independencia del carácter de propia competencia o delegada, una labor de colaboración y de gestión de los intereses propios de su correspondiente colectividad a que se alude en el art. 1 «in fine» de la Ley de Bases de Régimen Local, sin que por otro lado deba perderse de vista que el Estado, conforme al art. 149.1.4ª, tiene competencia exclusiva y excluyente en relación con la Defensa y las Fuerzas Armadas y que la Ley Orgánica 6/1980, 1 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, 5 enero, viene a establecer que la defensa nacional será regulada de tal forma que tanto en su preparación y organización, como en su ejecución constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional (art. 3) y que la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada «de todas las energías morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin», por lo que conforme a los preceptos citados, la defensa nacional es una cuestión de Estado, entendido como persona jurídica internacional que engloba a otras personas jurídicas públicas y en tal sentido, los municipios, son parte del Estado, insertándose las labores encomendadas por el Reglamento cuestionado en las de colaboración participativa en las tareas de la Defensa Nacional, en la que las Fuerzas Armadas y el Servicio Militar se integran, idea de colaboración que en tanto no exista una ley sectorial que atribuya expresamente competencias, con la consiguiente dotación o el incremento de medios económicos para desempeñarlas (art. 27.3 de la Ley de Bases citada), no debe de conllevar las compensaciones económicas pretendidas.

Sentencia de 6 de noviembre de 1991, Sala 3ª, secc. 6ª, Ar. 8163. Ponente HERNANDO SANTIAGO.)

II. EMPLEO PUBLICO

1. Prestación de servicios a la Administración Local en régimen de colaboración temporal primero y luego con carácter

voluntario pero con percepción de determinadas cantidades de forma periódica. De esta situación jurídicamente incorrecta no pueden obtenerse consecuencias favorables, en detrimento de los principios constitucionales de mérito y capacidad, y del libre acceso de todos los ciudadanos, en régimen de igualdad, a las funciones públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Sentencia apelada)

Es objeto del presente recurso la Resolución adoptada por el Ayuntamiento de Torrelavega el 8-11-1988 en cuya virtud se declaraba extinguida la relación existente entre los actores, que desempeñaban funciones de bomberos, y la Corporación Municipal. Contra esta decisión interpusieron recurso de reposición que ha de entenderse desestimado por silencio administrativo.

La resolución del litigio viene lógicamente condicionada por la situación jurídica existente antes del día 8-11-88. Los recurrentes han mantenido una relación, cuya naturaleza debemos examinar, con el Ayuntamiento de Torrelavega al menos desde 1977, según las pruebas documentales existentes en el expediente, lo que no impide considerar que en algunos casos se remonta años precedentes. En 1977 suscriben con la Corporación Municipal un «contrato de prestación temporal de servicios al amparo de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 108/1963, cuya extinción automática se produjo el 31-12-77, si bien el Ayuntamiento se reservaba el derecho a prolongarlo, como en efecto ocurrió. En 1982, finalmente, suscriben una petición al Ayuntamiento comprometiéndose a prestar servicios en el Parque de Bomberos con el carácter de Bombero Voluntario llevados exclusivamente por su afición a los propios de un servicio de extinción de incendios, sin que tal prestación suponga la existencia de relación laboral de ningún tipo o lleve consigo la obligación de remunerar el servicio con salario o retribución alguna». Ello no obstante, se demuestra que han venido percibiendo determinadas cantidades de forma periódica, que el Ayuntamiento califica de dietas.

Abandonado por los recurrentes el camino de la reclamación laboral, es manifiesta la falta de fundamentos de sus pretensiones en vía administrativa. En efecto, y en la hipótesis más favorable para sus intereses, de no considerar a los trabajos al servicio del Ayuntamiento como ellos mismos lo hicieron en 1982 (esto es, prestaciones amigables, voluntarias, determinadas por su afición y altruismo) todo lo más podríamos estar en presencia de contratos administrativos de colaboración

temporal, pues lo que resulta evidente es que nunca los recurrentes han ostentado la condición de funcionarios públicos municipales. La esencia de los contratos de colaboración temporal, hasta que fueron expresamente prohibidos por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública (Disposición Adicional Cuarta párrafo primero) y por la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (Disposición Adicional Octava, párrafo primero) era su temporalidad, así como la prohibición de prórroga o renovación, que ya contenía el antiguo Real Decreto Ley 22/1977, de 30 marzo. De modo que la continuidad de quienes resultaron contratados de esta manera y permanecieron en los años sucesivos desempeñando funciones administrativas en régimen de colaboración temporal era contraria a Derecho. Ello no puede implicar, lógicamente, consecuencias perjudiciales para los así contratados, que realmente han prestado sus servicios a la Administración: pero de esta situación, jurídicamente incorrecta, tampoco pueden obtener consecuencias favorables, en detrimento de los principios constitucionales de mérito y capacidad, y del libre acceso a todos los ciudadanos en régimen de igualdad, a las funciones públicas (arts. 103 y 23 de la Constitución).

Consideraciones de oportunidad llevaron al Legislador (consciente de la proliferación de situaciones antijurídicas en este tipo de contratos de colaboración temporal, renovados ilegalmente) a disponer, a la vez que la prohibición absoluta de celebrar estos contratos, fórmulas para que sus beneficiarios pudieran acceder a las plazas de funcionarios a través de los mecanismos ordinarios de selección pero teniendo en cuenta sus servicios anteriores, como méritos. Consta en autos, y los recurrentes lo admitieron en el acto de la vista, que el Ayuntamiento de Torrelavega decidió, en efecto, celebrar las pruebas selectivas para integrar de modo definitivo la plantilla de Bomberos, y que aquéllos declinaron intervenir en las mismas. Y como ya hemos examinado que ésas eran las únicas expectativas que tenían a su favor, pues en ningún caso puede reconocérseles el derecho a mantenerse perpetuamente en una situación jurídica irregular, cuya terminación era obligada para el Ayuntamiento, la decisión municipal de dar por finalizadas sus relaciones no puede reputarse contraria a Derecho.

No hay motivos para hacer expresa condena de costas, al faltar la temeridad o mala fe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Es claro, en efecto, que los recurrentes en un principio comenzaron a prestar sus servicios en concepto de personal laboral contratado, por

determinado plazo de duración y con la consiguiente expiración de éste y correlativa terminación de aquél —que es característica de este sistema de reclutamiento de los servidores de la Administración en general, sin derecho, no ya a permanencia alguna en su adscripción al concreto servicio sino sin siquiera derecho o expectativa a adquirirla, ya que, incluso, era, por el contrario, el Ayuntamiento quien se reservaba el derecho de poder renovar el convenio, y, aunque así, efectivamente, lo hizo, no fue por imperativo legal alguno ni por exigencias de facultades que para ello hubieran adquirido quienes ahora recurren, los cuales, con posterioridad y por las razones totalmente extrajurídicas que en los concretos convenios se designan, fueron admitidos de nuevo como ejecutores del mismo servicio, no en atención a su profesión u oficio sino como meros aficionados a actuar como bomberos, y sin más remuneración, adquisición de derechos de carácter laboral o propios de la función pública, que la asignación de unas concretas dietas, variables en cuantía según su actividad específica, y que, sin compromiso alguno para el Organo Administrativo, solicitaron prestarlos.

Si de ello claramente deriva una situación propiamente precaria, como es, en definitiva, la de aquellos que obtienen el beneficio de un contrato temporal, no renovable más que por voluntad libre del empleador, ningún derecho puede reclamarse con viabilidad jurídica más que el estrictamente derivado del concreto convenio y mucho menos el de que, con base en una excepcional situación, más o menos prolongada a través de alguna prórroga o renovación, suele invocarse en la actualidad con demasiada frecuencia con tendencia a adquirir y perpetuar una situación administrativa o de carácter laboral con procedimientos adquisitivos distintos del exclusivamente establecido al efecto por el ordenamiento jurídico.

Procede, por consiguiente, la confirmación de la sentencia que así lo entendía, sin que, a efectos de expresa imposición de costas se aprecie la incidencia de alguna de las partes en lo previsto en el art. 131 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

(Sentencia de 4 de noviembre de 1991, Sala 3ª, secc. 4ª, Ar. 8354. Ponente REYES MONTERREAL.)

IV. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. **Acuerdo municipal de suspensión de obras de extracción de áridos que afecta a anterior otorgamiento de licencia en precario. Competencias municipales para la protección del medio ambiente y la salubridad pública. Sólo en casos excepcionales**

puede prevalecer el interés económico de una explotación minera. Falta de acto administrativo esta declaración de prevalencia.

El presente recurso de apelación se refiere a un tema de protección del medio ambiente y de intervención municipal en dicha protección, lo que da lugar a la concurrencia de normas de muy distintos sectores del ordenamiento. Ello es característico de esta materia ya que en nuestro país no existe un cuerpo legal coherente y único sobre protección del medio ambiente; sino que el juzgador se encuentra con una extraordinaria profusión de normas aplicables, lo que sucede en general y también particularmente en materia de aguas a la que se refiere el caso de autos.

A este conjunto de normas dispersas del ordenamiento español han venido a añadirse ahora las directivas de la Comunidad Económica Europea sobre medio ambiente, que son aplicables como fuente de nuestro Derecho, por lo que las materias de este tipo presentan una notable dificultad de estudio, como se desprende de la Sentencia apelada, siendo conveniente seguir los criterios que se deriven de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

No obstante, en el caso de autos no es preciso entrar en un estudio pormenorizado del ordenamiento sobre el medio ambiente, siendo necesario en cambio centrarse en el examen del acto recurrido y su conformidad a Derecho, de acuerdo con el carácter revisor de la jurisdicción.

A este efecto conviene precisar que el acto que se recurre es el dictado por el ayuntamiento de suspensión de las obras de extracción de 0,8 metros, suspensión que se refiere y afecta al anterior otorgamiento de licencia en precario que fue otorgada por el Ayuntamiento a la empresa ahora apelante.

Para valorar debidamente las características del acto recurrido ha de tenerse en cuenta además que no se trata de la suspensión absoluta de los trabajos de extracción de minerales, que, por otra parte, contra lo que afirma el apelante, aparece suficientemente probado en el expediente, mediante informes de los técnicos, y de la sociedad concesionaria de aguas, que los trabajos podían suponer un riesgo para el abastecimiento de aguas a la población en debidas condiciones, riesgo derivado del movimiento de tierras que estaba llevando a cabo la empresa extractora de áridos.

Contra la validez del acto administrativo municipal de suspensión se alega fundamentalmente lo dispuesto en el artículo 142 del Reglamento

General de Minería aprobado por Real Decreto 2857/ 1978, de 25 de agosto. Según este precepto ninguna autoridad administrativa distinta del Ministerio de Industria y Energía (y ahora de la Consejería competente de la Generalidad de Cataluña a la que se le han traspasado las competencias) podrá suspender trabajos de aprovechamiento de recursos mineros que estén debidamente autorizados.

En definitiva, para resolver el presente recurso hay que comprobar si esta prohibición se ajusta a lo sucedido en el caso de autos y asimismo debe comprobarse cómo ha de ser integrado dicho precepto e interpretado en una labor de conjunto respecto a las demás normas aplicables del ordenamiento.

Para ello hay que partir del examen de si el Ayuntamiento actuaba o no dentro de su competencia al suspender la ejecución de obras a partir de una profundidad determinada.

Pues bien, es claro que tanto la Ley 7/1985, de 2 de abril, básica del Régimen Local en su artículo 25, como el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, interpretados ambos conjuntamente, atribuyen competencia a los Ayuntamientos para proteger el medio ambiente y la salubridad pública, lo cual se aplica de lleno a su deber de tomar las precauciones necesarias para evitar el peligro de contaminación de las aguas destinadas al consumo humano.

Por otra parte el artículo 42,3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone en su apartado a) que, sin perjuicio de las demás competencias de las Administraciones públicas, los ayuntamientos tienen responsabilidad en materia de control sanitario del medio ambiente y de abastecimiento de aguas.

Por tanto está fuera de duda que suponiendo la actividad de la empresa extractora un riesgo para la potabilidad de las aguas, el Ayuntamiento ha actuado plenamente dentro de su competencia.

Esta competencia se manifiesta por lo demás en la exigencia de licencia previa, como se desprende del artículo 12 de la Ley de Aguas y de los artículos 178 y 180 de la Ley del Suelo. A tenor del primero de los preceptos citados las obras que puedan afectar al dominio hidrológico se entienden con la salvedad de que no se perturbe el régimen de las aguas ni se deteriore su calidad.

En cuanto a las normas de la Ley del Suelo establecen claramente que las actividades que den lugar a un movimiento de tierras están sometidos a licencia y que esta licencia es indispensable, de modo tal que sólo

en casos excepcionales se notifica por otras autoridades administrativas al Ayuntamiento para que se pronuncie sobre la conformidad o disconformidad de las obras respecto a la legalidad urbanística.

Está fuera de duda que la actividad de movimiento de tierras está sometida a licencia municipal, de lo que se deriva que el Ayuntamiento puede suspender o condicionar la actividad para la que concedió la licencia al objeto de proteger el interés público en el correcto abastecimiento de aguas, así como con la finalidad de evitar la contaminación y preservar el medio ambiente.

Ello no se deduce sólo de una exégesis de las normas jurídico positivas sino además de la doctrina establecida por este Tribunal Supremo que se cita en la Sentencia apelada, debiendo destacarse por más reciente la Sentencia de 12 de julio de 1982 a cuyo tenor la extracción de áridos, aunque considerada en sí misma no es actividad urbanística, requiere licencia municipal porque entraña una cierta forma de uso del suelo en el que se realiza un movimiento de tierras.

La legislación que acaba de citarse, que integra las normas sustanciales de nuestro ordenamiento jurídico respecto a las potestades municipales en la materia, se ve afectada según la argumentación del apelante por la prohibición de suspensión de los trabajos mineros que establece el Reglamento General de Minería más arriba citado.

Sin embargo no puede acogerse la argumentación del apelante por diversas razones. La primera de ellas es que ya la Ley 6/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Minería, en su artículo 6.º dispone que sólo en casos de interés estratégico de los minerales podrán quedar sin efecto otras normas y medidas previstas por el ordenamiento jurídico. Es decir sólo en casos excepcionales se hace prevalecer el interés económico de la explotación minera sobre otros intereses públicos que también son dignos de ser protegidos.

En el caso de autos no se ha dictado ningún acto administrativo que suponga esta declaración de prevalencia de intereses económicos, acto que hubiera debido ser dictado por la Consejería competente de la Generalidad de Cataluña. Pero aun más el Ayuntamiento, por el azar de hacer dictado la suspensión el mismo día en que se cumplía con el último de los requisitos de la autorización minera, no conocía ni podía conocer que dicha autorización existía con plena validez. Por lo demás hay que destacar que la Generalidad ni siquiera comunicó al Ayuntamiento la autorización, incumpliendo el deber de colaboración entre las autoridades administrativas, y finalmente no ha comparecido ni ante el Tribunal de instancia ni ante este Tribunal Supremo en defensa de su competencia.

Hay que entender por tanto que el Ayuntamiento no ha contradicho la autorización de la Generalidad, pues aparte de no conocerla no ha suspendido los trabajos mineros sino que únicamente los ha limitado a extracciones de una profundidad de 0,8 metros. Por lo demás es claro que el Ayuntamiento ha actuado dentro de su competencia y en defensa de los intereses públicos cuya tutela tiene encomendada para evitar la contaminación y preservar el consumo humano del agua en las adecuadas condiciones sanitarias. Procede por tanto confirmar la Sentencia apelada.

(Sentencia de 27 de septiembre de 1991, Sala 3ª, secc. 4ª, Ar. 6871. Ponente BAENA DEL ALCAZAR.)

V. CONTRATOS

- 1. Adjudicación a la proposición «más ventajosa». Bases del concurso que advierten de la discrecionalidad de la adjudicación. La justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad aceptada por los participantes en un concurso. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad de buena administración. En igualdad de condiciones para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica.**

«Tienen su origen estos autos en la impugnación del acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de 22 de noviembre de 1985 por cuya virtud y decidiendo el concurso convocado al efecto se adjudicaba a «S.J.S.A.» el contrato que tenía por objeto la realización de las obras de construcción de «Centros Sociales en la Plaza de la Remonta».

Y ya con este punto de partida importa recoger los datos de hecho con relevancia jurídica:

- A) El pliego de condiciones que había de regir el concurso señalaba en su apartado décimo que su adjudicación se llevaría a cabo «discrecionalmente» —folio 7 del expediente—.
- B) Presentados pliegos por cinco empresas distintas, una vez estudiados, el Arquitecto Jefe del Departamento de Proyectos de Edificación emitió informe —folio 259— en los siguientes términos:

- a) Todos los concursantes habían introducido bajas en el precio y de ellas la de mayor entidad era la de la hoy apelante —9,78 %— siguiéndole en importancia la de «S.J.S.A.» —7,32%—.
- b) Hecho un «detenido estudio técnico de todos los documentos aportados» y teniendo en cuenta además «los datos existentes en el Departamento», el mencionado Arquitecto Jefe concluía que cualquiera de las empresas concurrentes «tiene un alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes de personal y maquinaria para acometer una obra del volumen y de las características del caso que nos ocupa».
- c) El contrato fue adjudicado a «S.J.S.A.» por «considerar su proposición conveniente para los intereses municipales al representar una baja del 7,3251 por cien respecto del precio tipo».

Sobre la base de lo expuesto, el tema a examinar es el de si la decisión municipal que adjudicaba el contrato a «S. J. S. A.», cuya baja en el precio no era la más importante se ajustaba o no a Derecho teniendo en cuenta las características del concurso y las exigencias a las que en un Estado de Derecho debe responder la actuación de las potestades discrecionales.

La Administración, invocando el principio de los actos propios, ha venido insistiendo a lo largo del proceso en que la apelante consintió las bases del concurso que advertían de la discrecionalidad de la decisión.

Pero lo discutido no son esas bases sino, como ya se ha dicho, la legalidad de la actuación de la Administración al resolver el concurso.

Así las cosas, será de recordar que el «genio expansivo» del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106,1 de la Constitución se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:

- A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

- B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios —art. 1.º, 4 del Título Preliminar del Código Civil— informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos —la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, art. 103.1 de la Constitución—.
- C) Y ya más concretamente ha de invocarse a este respecto el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.º,3 de la Constitución, principio este que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales —art. 103.1 de la Constitución— y más específicamente, en lo que ahora importa, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los «principios de buena administración» —art. 3 de la Ley de Contratos del Estado y hoy también art. 111 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril.

De lo expuesto deriva ya claramente que la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad aceptada por los participantes en un concurso. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración.

Ciertamente en la decisión de un concurso, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 15 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y 36 —hoy 28— de la Ley de Contratos del Estado, la elección de la proposición más ventajosa no se ha de hacer sólo con criterios económicos sino atendiendo también a otros datos que puedan asegurar el buen fin del contrato. Pero cuando estos otros datos se producen en términos de igualdad, los principios de buena administración imponen una decisión basada en criterios económicos: en igualdad de «alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes» para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución.

No entenderlo así implica una vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En el supuesto litigioso, como ya se ha indicado, el informe del Arquitecto Jefe del Departamento de Proyectos de Edificación señalaba que siendo la apelante la empresa que había introducido la mayor baja en el precio, todos los concursantes tenían «un alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes» para la realización de la obra, informe este que se basaba no sólo en el estudio de la documentación aportada sino también en los datos existentes en el Departamento.

Sobre esta base, el Concejal Presidente de la Comisión informativa de Urbanismo e Infraestructuras, con claro laconismo, decidía: «Vistas las proposiciones presentadas, así como el informe emitido por los Servicios Técnicos, formúlese propuesta de acuerdo de adjudicación del concurso de referencia a favor de S.J.S.A.» —folio 260—. Sin más.

Y finalmente el acuerdo impugnado adjudicaba el contrato a «S.J.S.A.» por «considerar su proposición conveniente para los intereses municipales al representar una baja de 7,3251 por cien respecto al precio tipo».

Ninguna razón se daba, así, para justificar la preferencia de «S.J.S.A.» sobre la apelante ni tampoco se ha dado después, pues el silencio fue la respuesta al recurso de reposición y en el curso de los autos la argumentación de la Administración ha versado sobre la existencia de una discrecionalidad consentida.

Pero ya se ha dicho que la legitimidad de la actuación de una potestad discrecional no deriva sin más de su naturaleza discrecional sino de la racionalidad de su contenido en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo. Y en el supuesto que ahora se contempla, la racionalidad de una buena administración imponía la adjudicación del contrato a la parte apelante y no a otra empresa distinta con la que el coste de la obra sería superior.

Con lo expuesto podría bastar para decidir estos autos, pero no obstante debe añadirse alguna otra reflexión.

Ciertamente el art. 15 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales al regular la decisión de los concursos alude expresamente al carácter «discrecional» del juicio de la Corporación y en este sentido se manifiesta también la condición décima del pliego litigioso.

Pero ya en el propio art. 15 citado esa expresión aparece corregida por la exigencia de que la adjudicación ha de hacerse a la proposición «más

ventajosa»: es éste, un concepto jurídico indeterminado que en cuanto tal admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, caracterizada por la viabilidad de varias soluciones diferentes.

En los conceptos jurídicos indeterminados, entre una zona de certeza positiva y otra de certeza negativa, puede haber una parcela de incertidumbre o penumbra dentro de la que se reconoce a la Administración un cierto margen de apreciación.

Y en el supuesto litigioso, teniendo todos los concursantes un «alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes de personal y maquinaria para acometer la obra», la proposición de mejor contenido económico se situaba con exclusión de las demás en la zona de certeza positiva del concepto jurídico indeterminado —proposición «más ventajosa»— y no en la zona de penumbra que hubiera podido provocar una dificultad bastante para justificar el margen de apreciación de la Administración.

De ello deriva que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el contrato a la hoy parte apelante y así ha de declararlo esta Sala que en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución— puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base para ello en los autos.

(Sentencia de 11 de junio de 1991, Sala 3ª, secc. 5ª, Ar. 4874. Ponente DELGADO BARRIO.)

VI. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. **Impugnación de actos de las Entidades Locales por infracción del ordenamiento jurídico. El plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo es el ordinario de dos meses.**

«La Sentencia apelada, como ya hemos dicho, sin entrar en el fondo, declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado, por extemporánea interposición, al entender la Sala sentenciadora, que el plazo para interponer dicho recurso en el que se impugna el Acuerdo municipal antes referido, es el de quince días, por ser éste el previsto en el art. 65 de la Ley 7/1985, de 2-4, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Sin embargo, dicho artículo no establece plazo especial alguno para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Efectivamente, los artículos 65, 66 y 67 de la precitada Ley 7/1985, contemplan tres supuestos distintos de impugnación de actos o acuerdos de Entidades Locales: a) actos o acuerdos de Entidades Locales que infrinjan el ordenamiento jurídico (art. 65, b) actos o acuerdos de la Entidad Local, que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de las competencias de dichas Entidades (art. 66) y c) actos o acuerdos de la Entidad Local que atenten gravemente al interés general de España (art. 67). En este último supuesto está claramente establecido un plazo especial para interponer el recurso (diez días). En el supuesto del art. 66 hay una expresa remisión en cuanto a plazo de interposición al núm. 2 del art. 65 (quince días). Pero en el supuesto del art. 65 no se establece plazo especial alguno, pues el núm. 3 de dicho artículo dice que la Administración del Estado, o, en su caso, de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa bien directamente, una vez recibida la comunicación del mismo o bien una vez transcurrido el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la Entidad Local, si se hubiere optado por hacer uso de la posibilidad contemplada en los dos números anteriores.

Esta ausencia de plazo especial lleva necesariamente a que debamos tener como plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, en el supuesto del art. 65 de la ley 7/85, el ordinario de dos meses, establecido en el art. 58 de la Ley Jurisdiccional.

Por tanto, estando, en los presentes autos, ante un supuesto de impugnación de Acuerdo de Entidad Local, por infracción del ordenamiento jurídico, y por ende, subsumible en el art. 65 de la Ley 7/85, en el que rige, por lo ya expuesto, el plazo ordinario de interposición, ha de concluirse que cualesquiera fuera la fecha del cómputo inicial del plazo, de las varias a las que alude la Sentencia apelada, el recurso quedó interpuesto dentro de plazo, pues habiendo enviado el Ayuntamiento de Roquetas de Mar, por primera vez, copia del Acuerdo impugnado a la Administración Estatal y Autonómica, que fue recibida en el Gobierno Civil el 17-9-1985, y habiéndose interpuesto el recurso por el Abogado del Estado el 5-11-1985, evidente es que éste se interpuso dentro del plazo de dos meses.

Por ello, procede revocar la Sentencia que inadmitió, por extemporánea interposición, el recurso contencioso-administrativo y entrar a resolver el fondo, conforme dispone el art. 100.7 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción.

(Sentencia de 18 de octubre de 1991, Sala 3ª, secc. 7ª. Ar. 7571. Ponente MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS).

2. Impugnación de acuerdos de las Corporaciones Locales «que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades». Régimen especial de suspensión de los acuerdos locales. La excepcionalidad del supuesto exige un procedimiento sumario en el que no se requiere más audiencia ni otra intervención que la del órgano jurisdiccional.

«Por la Abogacía del Estado se impugnó la licencia de obras concedida a la entidad ahora apelante por el Ayuntamiento de Estepona por entender, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 7/85 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que aquella constituía un supuesto de acto municipal que interfería el ejercicio por el Estado de competencias propias derivadas de la Ley de Costas, a la vez que solicitó, mediante otrosí, en su escrito de interposición de recurso, la suspensión del referido acto. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga acordó en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación, la suspensión interesada, sin audiencia ni del Ayuntamiento de Estepona, ni de la entidad titular de la licencia, que, lógicamente, no se habían personado aún en las actuaciones, por lo que esta última, una vez comparecida, solicitó la nulidad de la referida resolución a fin de que se repusieran las actuaciones al trámite procesal de audiencia a los interesados, con carácter previo a dictar la resolución que proceda. La Sala de instancia por auto de 14 de octubre de 1989 —objeto del presente recurso de apelación— declaró no haber lugar a la nulidad del auto de 11 de agosto del mismo año en virtud del cual se acordó la suspensión solicitada por el Abogado del Estado.

El objeto de la presente apelación versa, pues, únicamente sobre el citado auto de 14 de octubre de 1989 y, por tanto, la única cuestión a decidir es si procede o no decretar la nulidad de actuaciones por haber sido dictado el mismo sin la previa audiencia del Ayuntamiento demandado ni de la entidad mercantil recurrente, quedando al margen de la presente apelación aquellas otras cuestiones que, referidas a la improcedencia de la suspensión decretada, ha pretendido introducir la apelante en este momento procesal.

Para la resolución de la cuestión planteada, debe tenerse muy en cuenta que la Administración del Estado utilizó en el supuesto litigioso, la vía especial prevista en el artículo 66 de la citada Ley de 2 de abril de 1985 que autoriza a la Administración del Estado o a la Administración Autónoma correspondiente para impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa aquellos actos y acuerdos de las entidades

locales que «menoscaben competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades», a la vez que establece un régimen especial en materia de suspensión al disponer que el Tribunal podrá acordarla «en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación». La excepcionalidad del supuesto exige un procedimiento sumario de suspensión que permita de forma inmediata tutelar los intereses generales o comunitarios en juego, con el fin de evitar que puedan verse gravemente afectados por la demora en la decisión, sin que, en consecuencia, se requiera, en principio, más audiencia ni otra intervención que la del órgano jurisdiccional, cuya resolución deberá ir necesariamente precedida de una exposición «razonada en la integridad y efectividad» del interés afectado, y es en un momento posterior, en el caso de que se hubiera accedido a la suspensión, cuando se prevé expresamente el trámite de audiencia, al señalarse en el último inciso del citado artículo 66 que «no obstante, a instancia de la Entidad local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación». Procedimiento que, por otra parte, no difiere esencialmente del establecido con carácter general en el artículo 123 de Ley Jurisdiccional, que, como señala el auto de esta Sala de 3 de julio de 1989, «sólo hace obligatoria la audiencia de las partes demandadas y coadyuvantes si es que «hubieran comparecido», condición ésta que resulta perfectamente congruente con la necesidad de proveer sin demora alguna respecto de una solicitud que puede deducirse «en cualquier estado del proceso», según el número 1 de aquel artículo, siendo necesario evitar, con la mayor urgencia, la producción de los perjuicios que se invocan para el caso de ser denegada, como auténtica medida cautelar que es». Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos pueden ser rectificadas, en cualquier momento, a la vista de nuevos datos o circunstancias que sean puestos en conocimiento del Tribunal, por lo que nada se opone a que aquella suspensión inicial, adoptada con carácter de urgencia por el órgano jurisdiccional, tras la ponderación de los intereses generales afectados, pueda ser modificada como consecuencia de posterior intervención de las demás partes interesadas, sin que, en consecuencia, pueda entenderse que resultan privadas de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses, desapareciendo de esta forma la indefensión denunciada. En definitiva, la atribución de la decisión a un órgano jurisdiccional, la excepcionalidad del supuesto, derivada del interés público afectado, y sobre todo, el carácter cautelar y provisional de la medida, conducen a rechazar las alegaciones del apelante así como el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitado.

(Auto de 22 de enero de 1991, Sala 3ª, secc. 6ª. Ar. 567. Ponente GARCIA-RAMOS ITURRALDE)

VII. SANCIONES

- 1. Los agentes o funcionarios de las Comunidades Autónomas no parece que puedan ser considerados como simples particulares y sus actas poniendo de relieve infracciones fuera de la zona de competencia atribuida legalmente al de simples denuncias de particulares. Deber de colaboración que pesa sobre las diferentes Administraciones públicas.**

«Expuesto cuanto antecede, se ha de precisar que frente a lo sustentado por las resoluciones administrativas y que se acepta por la sentencia apelada, no parece que puedan ser considerados los agentes o funcionarios de las Administraciones autonómicas, como simples particulares y sus actas poniendo de relieve infracciones apreciadas darles un valor equivalente al de simples denuncias de particulares, en razón, como al parecer así sucede, de apreciarse los hechos objeto del acta, fuera de la zona de competencia atribuida legalmente, pues el deber de colaboración que pesa sobre las diferentes Administraciones Públicas la naturaleza oficial del Servicio de Inspección Pesquera del Gobierno Vasco si bien no le otorgan, desde luego, el carácter de autoridad fuera del ámbito de su competencia, no permiten tampoco concluir que se trata de un mero particular, cuando por la necesaria proximidad de aguas interiores en el límite con las aguas exteriores denuncia una actividad pesquera ilegal, pues se entiende que ahí debe de jugar una cierta cualificación del testimonio de dicho servicio, que debe apreciarse con libertad, pero razonadamente por la autoridad competente, siendo al efecto ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional de 4-11-1982, cuando indica, que «una adecuada colaboración entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma que ayude a buscar soluciones equitativas es necesaria para el buen funcionamiento de un Estado de las Autonomías, incluso al margen de la distribución constitucional y estatutaria de las competencias respectivas». Por ello, este deber de colaboración obliga a los funcionarios del Servicio de Inspección Pesquera, de la Comunidad Autónoma recurrente a la presentación de las correspondientes denuncias y que su posición, si bien no es la de un agente de la autoridad cuando la misma versa sobre actuaciones pesqueras propias de las aguas exteriores, no puede tampoco reducirse su papel al de un mero particular.

Con abstracción de si la Administración Autonómica Vasca, es o no un interesado en los términos en que exige el art. 23 de la Ley de

Procedimiento Administrativo, en razón a no ser titular de competencia sobre las aguas exteriores, que está asumida por la Administración del Estado, sí parece que deba otorgársele un interés legítimo en el caso como el presente, en que la pesca y riqueza piscícola de las aguas territoriales es patrimonio del Estado, en el que se engloba la Comunidad Autónoma del País Vasco, y la continuidad física de aguas interiores y aguas exteriores hace que estando sobre la mar los barcos puedan ser avistados faenando en días prohibidos o utilizando artes ilegales, resultando gravemente perjudicial para la defensa de la riqueza marina y la necesaria vigilancia del cumplimiento de la legalidad en esta materia no dar alguna cualificación a las denuncias de los Servicios competentes de la Comunidad Autónoma, ni reconocer un interés legítimo en la represión de actividades contrarias a la normativa. No se trata de una invasión de competencias como por la sentencia apelada se entiende, sino de la necesaria cooperación y colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas, encaminada a la defensa de algo que constituye patrimonio del Estado, que engloba, o se insertan en él, las diferentes Administraciones que nuestro ordenamiento constitucional contempla, sin que quepa duda de que el expediente sancionador está promovido o iniciado, por razón de la actividad desarrollada por los agentes o personal del servicio autonómico y como consecuencia de un interés legítimo.

Mas con independencia de lo expuesto, resulta relevante a los efectos aquí enjuiciados, las prescripciones contenidas en el art. 12 de la Ley 53/1982, de 13 de julio sobre infracciones administrativas en materia de Pesca Marítima, y concretamente el contenido de su apartado 2. c) que regula el desarrollo de la vista que el propio precepto recoge, en donde se establece que después de ser oídos los presuntos contraventores, interrogándoles sobre los hechos denunciados «...se recibirá declaración a los testigos si los hubiere, así como las propuestas por las Autoridades o Agentes que hayan redactado el acta de aprehensión...», de donde ha de inferirse, que la citación al acto de la vista de la Administración denunciante o de sus agentes, ha de reputarse conveniente y necesaria para el mejor esclarecimiento de los hechos, y obviamente si no se ha citado a tal acto, se ha privado a los Agentes denunciadores, y a la Autoridad de la que dependen, de proponer las pruebas conducentes a poner de relieve la realidad de lo acontecido en el acta que motiva el expediente y subsiguiente vista, debiendo ser considerado el personal o Agentes actuantes, en cualquier caso y sin duda alguna, como testigos, muy cualificados, de los hechos denunciados, dándose la paradoja, que según resulta del expediente administrativo (folios 44 al 60) en el expediente 9/85, instruido al patrón del pesquero «Nuevos Campos», por medio de denuncia de un particular, patrón de otra embarcación, en el acto de la vista celebrada el día 28-11-1985 (folio 56) en la Comandancia

de Marina de Bilbao, fue interrogado el denunciante sobre diversos extremos relacionados en la denuncia, según consta en el acta de dicha vista, en tanto en cuanto en los expedientes instruidos por denuncias o actas del personal o agentes de la Sección de Inspección Pesquera de Guipuzcoa, referida a las embarcaciones que se han relacionado, anteriormente, no fueron oídos los funcionarios que motivan las actas que dan lugar a los expedientes instruidos, de donde resulta que no sólo se da a dicho personal un tratamiento impropio de «particular», sino que ni tan siquiera se les cita o se les oye en el acto de la vista sobre los extremos de la denuncia, ni durante el expediente son llamados a ratificar la misma o ampliarla en otros extremos que puedan resultar de interés, procediendo en razón de todo lo expuesto la estimación del recurso de apelación deducido y con estimación también del recurso contencioso-administrativo, declarar nulas todas las actuaciones practicadas desde las vistas de los expedientes, que prevé el art. 12.2.c) de la Ley 53/1982, de 13 de julio, retrotrayéndose lo actuado, al momento anterior e inmediato a su celebración, para que sean citados y comparezcan, si a su derecho conviniere, los Servicios de la Sección de Inspección Pesquera de Guipúzcoa, dependientes del Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como los Agentes de dicho Servicio que levantaron las actas que motivan tales actuaciones a fin de que den testimonio de las respectivas denuncias.»

(Sentencia de 14 de noviembre de 1991, Sala 3ª, secc. 6ª:
Ar. 8872. Ponente HERNANDO SANTIAGO.)

VIII. EXPROPIACION FORZOSA

- 1. Derecho de reversión de bienes y derechos expropiados. Requisitos necesarios del supuesto de «parte sobrante»: identidad y causalidad. Para que pueda hablarse de «parte sobrante» a efectos de reversión es preciso que la porción de terreno sobre la que se pretende el reintegro haya devenido como no ocupada por la obra o servicio público que motivó la expropiación. Supuesta calificación como «parte sobrante» de una zona del subsuelo de una plaza pública que no trae causa de la ejecución de las obras de mejora de su superficie, fin exclusivo al que afectaron los inmuebles en su día expropiados.**

«El Ayuntamiento de Santander impugna en apelación la sentencia dictada, en 17-7-1986, por la Sala de la Jurisdicción de la extinta Audiencia Territorial de Burgos, por la que se reconoció a los ahora apelados, el derecho de reversión sobre determinados inmuebles que

corresponden al subsuelo de los antiguos terrenos solares expropiados para obras de mejora y ampliación de la Plaza del Generalísimo en dicha capital, y al estimar legalmente imposible la reversión «in natura», condena a la Corporación Municipal a indemnizar en la cuantía procedente, a determinar en ejecución de sentencia. El punto central de la discrepancia radica en determinar si, como ha entendido la sentencia apelada, la adscripción de la porción del subsuelo correspondiente a los antiguos inmuebles expropiados al uso de estacionamiento subterráneo, adjudicado por concesión por dicho Ayuntamiento en 3-9-1981, constituye o no, a los efectos habilitantes de la reversión, el supuesto de «parte sobrante» que prevé el art. 63-b) del Reglamento de Expropiación Forzosa.

El supuesto de parte sobrante que habilita a los expropiados o a sus causahabientes para instar la retrocesión, tal como se configura en el mencionado precepto reglamentario, requiere junto al presupuesto básico de que la obra o servicio público legitimador se haya ejecutado, aquí concurrente sin lugar a dudas, que se den las circunstancias de identidad y causalidad, es decir, que sea identificable la porción que se dice sobrante, como no ocupada por la obra o servicio público motivador de la expropiación, y que la existencia de dicha parte sobrante sea consecuencia natural derivada de la ejecución de la obra pública o del servicio público que constituyó la «causa expropriandi». El primero de ellos, el de la identidad, pudiera admitirse, aunque no en términos de absoluta certidumbre, que se halla presente en este caso, pues la Sala de instancia determina, con arreglo a la pericia producida en el proceso, las concretas superficies correspondientes a los solares de las casas números 31 y 35 de la calle de San Francisco y número 4 de la calle de Juan Herrera que han de ser objeto de la retrocesión; pero no así sucede con el segundo requisito, el de la causalidad, antes aludido. En efecto, para que pueda hablarse de parte sobrante en el sentido técnico-jurídico que ahora nos ocupa, es decir, a efectos reversionales (el otro significado, como bienes patrimoniales, es el que le asigna el art. 7.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio), es preciso que la porción de terreno sobre la que se pretende el reintegro a manos privadas haya devenido como no ocupada por la obra o servicio público que motivó la expropiación por innecesaria a estas finalidades públicas. No es este el caso que ahora enjuiciamos, pues la ejecución de las obras para mejora y ensanche de la Plaza del Generalísimo en la capital cántabra afectó los inmuebles expropiados en su integridad, extendiéndose a la superficie comprendida en la expropiación y no a una parte o porción más reducida, y la mejor prueba de que ello es así es la desconexión temporal entre la ejecución de las obras y la calificación como supuesta parte sobrante de una zona del subsuelo de dicha plaza pública, que

no se produce sino hasta el 3-9-1981 en que se realiza la concesión demanial de dicha porción de los bienes de uso público local. La conceptualización, pues de dicha porción del subsuelo de la plaza como parte sobrante no trae causa de la ejecución de las obras de mejora de su superficie, fin exclusivo a que se afectaron los inmuebles en su día expropiados.

La afectación de los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la referida plaza, para constituir zonas ajardinadas y viales en la misma, en ejecución de las previsiones urbanísticas del Plan Comarcal de Urbanización de Santander, aprobado por la Comisión Central de Sanidad Local en 13-9-1955, no imponía de modo necesario que para la subsistencia de dicha «causa expropriandi» se produjera la intangibilidad del subsuelo de la zona así afectada permaneciendo éste sin adscripción o destino alguno. Las crecientes necesidades sociales que llevan aparejada la instalación de servicios públicos en beneficio de los vecinos, desde la perspectiva municipal, justifica que la Corporación municipal procediese, desconectado por completo de aquella finalidad expropiatoria (y por ello, insistimos, no cabe hablar de «parte sobrante»), a la utilización del subsuelo de la plaza y sus aledaños, y que dicho bien demanial, pues que también lo es el subsuelo de un terreno de dominio público local, fuese objeto de un uso privativo y, por ende, atribuido a particulares en virtud de concesión administrativa, según permite en el Ordenamiento vigente el artículo 78.l.a) del mencionado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Tal adscripción a un destino normal, como es el aprovechamiento para estacionamiento subterráneo, no implica una desafectación del fin legitimador de la expropiación que afectó inmuebles para obras en la superficie ni tampoco constituye parte sobrante puesto que ni en el tiempo ni en la finalidad hay relación de causalidad entre la originaria expropiación y la utilización de bienes demaniales en la porción del subsuelo. Tal acto de adscripción de bienes de uso público local a un aprovechamiento privativo no legitima para ejercitar el derecho de reversión.

Lo que prohíbe el artículo 66.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, consagrando la especificidad de la causa legitimadora en el instituto expropiatorio, es que se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquella. Mas no puede argüirse eficazmente aquí con tal prescripción reglamentaria, porque el fin específico de afectar los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la plaza fue plenamente cumplido en su integridad e identidad, y no hubo sustitución o alteración de fines en los términos de dicha prohibición. Ejecutada la obra sin que de ella se derivase parte sobrante alguna, y pasados cerca de

veinte años se ejercitaron potestades municipales para el aprovechamiento del subsuelo, adjudicando el uso privativo del mismo mediante la oportuna concesión demanial. No procedió, pues, la Corporación municipal a una nueva o diversa afectación de los bienes expropiados, que seguían y siguen afectados a su función de uso público local en lo que constituye la plaza, sino a un aprovechamiento por adjudicación que es figura distinta, y que no traslada la titularidad dominical al concesionario, como es obvio. Ha de reiterarse, por consiguiente, que no se da ningún supuesto para que sobre la porción de subsuelo litigiosa pueda conferirse a los ahora apelados el derecho de reversión, que fue acertadamente, siquiera de forma presunta, denegado por el Ayuntamiento beneficiario de la actuación expropiatoria. Se impone, en conclusión, la revocación de la sentencia de primera instancia que no lo apreció así la desestimación del recurso contencioso-administrativo deducido por los reversionistas frente a dicha denegación, de conformidad al artículo 83 y demás preceptos concordantes de la Ley de esta Jurisdicción.

Sentencia de 23 de diciembre de 1991. Sala 3ª, secc. 6ª. Ar. 9223. Ponente GARCÍA MANZANO.)

IX. BIENES PUBLICOS

1. **Acuerdo municipal de recuperación de camino cuyo uso público había quedado materialmente impedido con el vallado de la finca, previa obtención de la oportuna licencia. Se mantiene la tesis de que ambas decisiones no son recíprocamente contrarias e incompatibles.**

Se trata, ante todo, que nada empece a la adopción por el Ayuntamiento apelado del acuerdo recurrido el hecho de que, poco tiempo antes a su adopción, hubiera concedido a la demandante licencia para el vallado de la finca, por consecuencia del cual quedó obstaculizado el acceso a referido camino, porque, aun cuando una y otra decisión fueron propias de una misma persona, privada o pública, no son recíprocamente contrarios e incompatibles, ni por la producción de uno de ellos queda vinculado a aquélla para decidir sobre el distinto objeto del otro, de tal manera que, si al conceder la licencia no se había autorizado —como no lo fue— el uso privativo de aquél, efectuado el cerramiento se viene en conocimiento de que se ha impedido un uso de carácter público, nada obsta a que el Ayuntamiento, de oficio o a solicitud de algún vecino —expresamente autorizado para excitar el celo de la Autoridad municipal por el artículo 371.1 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y por el 220 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y

Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto de 28 de noviembre de 1986, que, a su vez, remite a la Ley de 2 de abril de 1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local— adopte los acuerdos pertinentes para hacer cesar el hecho impediendo de la utilización de ese bien, sin que por ello pueda decirse que actuó con desviación de poder ni poniendo sus potestades públicas al servicio de intereses particulares, toda vez que, por el contrario, está obligado a hacerlo en defensa de sus propios bienes, a menos que se desconozca que el artículo 14.1 del citado Real Decreto incluye, entre los bienes de dominio público, los «camino... públicos de aprovechamiento o utilización generales, cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad Local», y en esta ocasión está probado que el de autos ha venido existiendo antes de que el inmueble haya cambiado de propietario, y que el mismo servía para comunicar puntos geográficos que no empiezan y terminan dentro de esa propiedad privada, frente a cuya realidad tampoco cabe alegar que, para que el acuerdo recurrido fuera legalmente válido, precisaba acreditar la posesión del bien o del uso reivindicado, pues, aun en el supuesto —que, por lo actuado, no es racionalmente posible— de que la misma no estuviera acreditada, tampoco puede desconocerse que, por más que resulta exigido por el artículo 55.3 del Reglamento de Bienes que «se acompañen los documentos acreditativos de la posesión», por el mismo se excepciona el caso, que es el que, precisamente, nos ocupa, de que «se tratare de repeler interrupciones urgentes», y, favorecido el Ayuntamiento actuante, como auténtico promotor de una acción interdictal que no prejuzga ni la titularidad dominical de lo reivindicado ni siquiera el derecho a poseer, traslada al sujeto frente al que aquélla se ejercita la facultad de utilizar, en su caso, las actuaciones conducentes a la declaración por la Jurisdicción ordinaria de la legitimidad con que había actuado, ya que tal declaración no puede ser objeto de decisión ni examen por parte de la contencioso-administrativa, limitada a resolver la concreta situación conflictiva con base, por supuesto, en la conjunción de las pruebas practicadas, como ya fue efectuado por la sentencia recurrida, cuya confirmación procede.

(Sentencia de 5 de julio de 1991, Sala 3ª, secc. 4ª, Ar. 5792. Ponente REYES MONTERREAL.)

X. SERVICIOS PUBLICOS

- 1. Abastecimiento de aguas. Competencia municipal. La Diputación provincial interviene en estos casos desarrollando una función cooperadora, pero sin interferencia en las competencias jurídicas del Ayuntamiento. Derecho de acceso del**

administrado al uso de un servicio público. Principio de la especialidad en la prestación del servicio.

«Sobre esto, puede afirmarse que a los Municipios, en su condición de Administración Pública, les corresponde la consideración de sujetos «dadores de prestaciones», que, en la materia que nos ocupa —agua potable— alcanza la categoría de «asistencia vital» («Deseinvorsorge», en terminología de autores germánicos) motivo por el que para estas Corporaciones constituye una de las obligaciones mínimas, esto es, de obligado cumplimiento para todos ellos, cualquiera que sea su población: art. 25.2.I) de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, como lo ha sido en toda la legislación precedente.

En consecuencia, la irrupción, en ese campo, de un Ente supramunicipal, por razón de jurisdicción territorial más amplia, pero no de jerarquía, dado el autonomismo de la Administración municipal, como es la Diputación Provincial, que, además, no actúa en competencia concurrente o compartida, sólo tiene como explicación la función que la misma Ley les asigna de «Asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal» (art. 31.2), esto es, una asistencia material y técnica a aquellos municipios que, por sí solos, no puedan cumplir los servicios a que están obligados, supliendo sus carencias de medios apropiados, pero sin aprovecharse de tal prepotencia material para privarles de sus competencias específicas, fijadas por Ley. Esto es, la Diputación Provincial aparece en escena en estos casos desarrollando una función cooperadora, en lo material y técnico —repetimos—, pero sin interferencia en las competencias jurídicas del Ayuntamiento, puesto que la técnica de la cooperación en Derecho administrativo no implica una alteración del régimen de distribución de competencias. Y, si esto es así, respecto a la intervención de la repetida Diputación Provincial, no será necesario desplegar mayores esfuerzos para hacer patente la imposibilidad absoluta de que la competencia ejercida aquí por el Ayuntamiento de Freila se vea mermada, limitada o condicionada por decisiones tomadas por su cuenta por un técnico suyo, como es el director del Proyecto de que se trata...

Expuesto todo lo anterior, lo importante y decisivo, al adentrarnos en el tema decidendi, es tomar conciencia de que el mismo corresponde a uno de los capítulos con significación propia, dentro de la institución que aquí se halla en juego: la del servicio público (servicio público de abastecimiento de agua potable a un núcleo de población, la del Anejo de «Los Lotes»). Capítulo que naturalmente se refiere al derecho de acceso del administrado al uso de un servicio de naturaleza pública. Derecho no absoluto, aunque con ello no pretendamos apoyarnos en la doctrina de una vieja sentencia de este Alto Tribunal de 8 de marzo de

1935, según la cual «es facultad privativa de la Administración la de acordar lo más adecuado para atender a la distribución y aprovechamiento de un servicio público, sin que los acuerdos sobre esta materia supongan ni creen un derecho especial a favor de cada uno de los administrados que pueden hacer valer hasta la vía contenciosa»; ya que en tal doctrina late un principio de discrecionalidad, afortunadamente desterrado actualmente, en cuanto suponga cierre del acceso a la vía jurisdiccional.

Sin embargo, lo que aún impera hoy, junto a los grandes principios cardinales sobre el servicio público: *ius variandi* unilateral de la Administración, potestad fiscalizadora de ésta, continuidad y regularidad del servicio, igualdad de trato, etc., es el de régimen jurídico especial, según la naturaleza y condición del servicio. Principio de la especialidad expresamente reconocido en los arts. 33 y 42 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955...

Planteado y concretado así el tema, es evidente que si el Ayuntamiento de Freila es el competente en la gestión del servicio que nos ocupa, dedicado esencialmente a surtir de agua al núcleo de población del Anejo varias veces citado, y la derivación de aguas hacia el Cortijo también repetido, representa un uso —autorizado o consentido o no por la Diputación Provincial o por la dirección técnica referida— que se aparta, como el de los otros Cortijos (no objeto aquí de enjuiciamiento, por lo que desconocemos las circunstancias en que se desenvuelven en este aspecto), del uso general para el que el servicio ha sido montado, es evidente que el Ayuntamiento tiene perfectas facultades para controlar la utilización del servicio por los particulares y por cualquier entidad que lo pretenda, control que empieza con el que ha de ejercerse cuando se solicite la licencia, que es la que ha de facilitar el acceso al mismo.

Control que es todavía más obligado en lo que afecta a la medición del consumo, en función del cual tiene que operar la tarifa fiscal aplicable. Todo lo cual han intentado evitar los propietarios del tan repetido Cortijo, valiéndose de la conducta favorable hacia ellos del director técnico de la obra de conducción de agua en cuestión.

(Sentencia de 28 de mayo de 1991, Sala 3ª, secc. 5ª. Ar. 4298. Ponente: MARTIN DEL BURGO.)

2. **Fijación de tarifas para los servicios de competencia local. Decisión de la Comisión Regional de Precios que se adopta aplicando un criterio de política económica, entendiéndose que le era ajeno el principio de que las tarifas de los**

servicios públicos deben permitir la autofinanciación del servicio o, en su caso, acordar las compensaciones económicas suficientes.

«Es objeto del presente recurso el acto administrativo por el que se ejerce el control de la modificación de tarifas de un servicio público, concretamente en el caso de autos del servicio de transporte urbano de viajeros. Dichas tarifas, como se pone de manifiesto correctamente en las actuaciones ante el Tribunal de instancia, tienen el carácter de precios y no de tasas, por lo que les resulta aplicable el régimen de precios establecido por el Real Decreto 2226/1977, de 27 agosto.

Por otra parte está fuera de duda la competencia de la Comisión Regional de Precios de la Comunidad Autónoma en virtud de la transferencia que le fue efectuada en su día por la Administración central del Estado.

Ahora bien, la cuestión controvertida consiste precisamente en el ejercicio de esta competencia por la Comisión Regional de Precios, la cual ha denegado la aprobación del aumento del precio del billete laboral basándose en que dicho aumento superaba un porcentaje determinado. Frente a ello se alegaba ante el Tribunal de instancia por la sociedad gestora del servicio que la denegación del aumento hacía imposible que se cumpliera la obligación legal de autofinanciación mediante la percepción de tarifas.

Respecto a este punto esta Sala debe compartir la afirmación que se hace en los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, en el sentido de que por la Comisión Regional de Precios se ha ignorado en las actuaciones la existencia de esta obligación legal.

Frente a este aspecto de la cuestión, decisivo para resolver en Derecho el presente proceso, las argumentaciones de la Comunidad Autónoma no son bastantes para desvirtuar los razonamientos de la sentencia apelada. Así no pueden atenderse las alegaciones relativas a la autonomía municipal. Dicha autonomía no puede ser objeto de discusión, pero tampoco es imposible ampararse en ella para ignorar la situación de un servicio público municipal que debe autofinanciarse mediante las tarifas. En este sentido la Comunidad Autónoma parece entender que dicha cuestión no ha de ser tenida en cuenta, punto de vista que no puede admitirse por esta Sala pues ello equivale a ignorar un criterio básico establecido por la Ley.

Y desde luego tampoco puede acogerse la argumentación de que dicha falta de autofinanciación no está probada, pues del expediente se deduce lo contrario siendo la Comisión Regional de Precios de la Junta de

Castilla y León la que (independientemente de sus alegaciones en el proceso) no entra en el tema, ni requiere de la sociedad municipal ni del Ayuntamiento de Valladolid documentación ninguna sobre tan importante extremo. Por el contrario parece desprenderse de los autos que la Comisión no tuvo en cuenta el informe favorable de su propia Dirección General de Transportes, y, aunque tal informe no pueda considerarse vinculante, no cabe duda de que debió ser utilizado como elemento de juicio.

Por todo ello debe entenderse que la cuestión decisiva del asunto, sobre la que debe recaer el pronunciamiento jurisdiccional, consiste en que la Comisión Regional de precios al adoptar su decisión aplicó un criterio de política económica, entendiendo que le era ajeno el principio de que las tarifas de los servicios públicos deben permitirles autofinanciarse.

Respecto a esta conducta administrativa procede tener en cuenta que el mencionado principio se desprende del art. 18 de la Ley 48/1966, de 23 de julio, que es plenamente aplicable. De ahí se desprende que la decisión administrativa adoptada no es conforme a Derecho, pues las decisiones de política económica, como las demás adoptadas por los poderes públicos, están sometidas al ordenamiento jurídico, como se deduce inequívocamente del art.9.1 de la vigente Constitución Española.

Ciertamente, las mencionadas decisiones de política económica requieren flexibilidad y libertad de actuación por parte de las autoridades competentes, y es frecuente que se encuentren reguladas por una normativa de gran movilidad. Por lo demás, estas materias sólo lentamente vienen siendo sometidas durante las últimas décadas a un tratamiento legal minucioso que asegure la garantía, a diferencia de otros sectores de la actividad administrativa.

Pero lo cierto es que, cuando las decisiones correspondientes contravienen un precepto legal expreso, están sometidas a la revisión propia de esta jurisdicción como garantía de sumisión al ordenamiento, de acuerdo con los arts. 9 y 106 de la Constitución Española. Por tanto, a la vista de las actuaciones procesales y de los hechos a que éstas se refieren debe declararse no conforme a Derecho el acto impugnado ante el Tribunal de instancia, por lo que procede confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos.

(Sentencia de 20 de noviembre de 1991, Sala 3ª, secc. 4ª, Ar. 8835. Ponente BAENA DEL ALCAZAR.)

XI. URBANISMO

- 1. El criterio de la configuración de la aprobación definitiva de un plan como resultado del estudio del mismo en todos sus aspectos, tanto los reglados como los discrecionales, ha de ser entendido a la luz de las exigencias de la autonomía municipal, lo que requiere la concreción de la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los términos que la sentencia detalla.**

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

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

Y así las cosas, resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas —sentencias de 20 de marzo, 10 y 30 de abril, 2, 9, 13 y 31 de julio, 2 de octubre, 22 y 24 de diciembre de 1990, etc. Su actuación se lleva a

cabo a través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del Municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definición de la Administración Autonómica.

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

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

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

- a) Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal.
- b) Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad.

B) Aspectos discrecionales.

También aquí es necesaria aquella subdistinción:

- a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés autonómico. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto:
 - a') Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la

arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia —sentencias de 1 y 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo y 11 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero y 17 de junio de 1989, 20 de marzo, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.

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

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

Así lo declaró ya esta Sala en la sentencia de 13 de julio de 1990.

Será por tanto preciso examinar si la modificación litigiosa era fruto de un control de legalidad o una decisión de mera oportunidad.

Los datos a tener en cuenta en este sentido son los que se seguidamente se indican:

- A) El Plan General aquí discutido, revisión del anterior, modificaba la calificación de una zona verde del plan parcial La Caritat, en la que se había construido un Centro Escolar, atribuyéndole el destino de equipamiento.

- B) En consecuencia, los recurrentes, en alzada solicitaron una compensación por la eliminación de aquella zona verde, lo que dio lugar a que el Conseller, estimando en parte el recurso, calificase como sistema local de espacios libres públicos, clave 6, la manzana a la que se refieren estos autos.

Así las cosas, en el terreno de la legalidad ha de indicarse que la naturaleza normativa del planeamiento justifica la existencia del *ius variandi* —sentencias de 21 de diciembre de 1987, 23 de diciembre y 7 de noviembre de 1988, 20 de marzo y 17 de junio de 1989, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc., sin que puedan invocarse los derechos de

los propietarios como obstáculo para su actuación, independientemente de las indemnizaciones que puedan resultar procedentes.

Y sobre esta base ha de señalarse que la alteración del destino de zona verde que en su día tuvieron los terrenos que ahora el Plan litigioso afecta a equipamiento no estaba sometida a las reglas del art. 50 del Texto Refundido, dado que se trata de una revisión y no de una modificación del planeamiento —sentencias de 31 de enero de 1983, 25 de enero de 1985, 24 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 31 de enero de 1989, 30 de abril de 1990, etc. siendo de añadir en cuanto a la invocación del art. 49.2 del citado Texto Refundido que su inaplicabilidad resulta ya de la propia decisión del Conseller aquí impugnada que viene a reconocer que la zona verde del Plan parcial suprimida en el Plan General litigioso aparece compensada cuantitativamente «con exceso» —esta es traducción que el Ayuntamiento da a la expresión «amb excreix» o «de sobras» —traducción ordenada por esta Sala para dar cumplimiento al art. 231,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— por nuevos terrenos en sus proximidades destinados a espacios libres o equipamientos —folios 47 del expediente, 30 vuelto y 249 de los autos—.

Y aún será de añadir que no sólo no se ha probado una vulneración de los standars urbanísticos aplicables sino que la misma Comunidad demandada y apelada ha reconocido expresamente su cumplimiento —folio 112 de los autos—.

Hay que concluir pues que la decisión del Conseller dirigida a alterar la calificación de la manzana litigiosa no era consecuencia de un control de legalidad sino de oportunidad: la dicción del fundamento de derecho quinto de su resolución indica expresamente que «se cree oportuno que la manzana... se califique como sistema local de espacios libres, clave 6».

Y así las cosas que la manzana en cuestión se califique tal como ha señalado el Conseller o de equipamiento, con probable destino a mercado, como pretende el Ayuntamiento, es claramente una cuestión de oportunidad y sin trascendencia para intereses supralocales de la competencia autonómica, lo que implica que no apreciándose irracionalidad alguna en este punto —principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9.º,3 de la Constitución—, ha de prevalecer la decisión municipal y no la autonómica, carente de competencia para la aplicación de criterios de oportunidad en un ámbito de discrecionalidad indiferente desde el punto de vista supralocal.

(Sentencia de 30 de enero de 1991, Sala 3ª, secc. 6ª. Ar. 614. Ponente DELGADO BARRIO.)

2. **El establecer como requisito-presupuesto de la entrada en vigor de un Plan General la necesidad de la publicación junto al acuerdo de aprobación definitiva de las normas urbanísticas del propio Plan en el Boletín Oficial correspondiente, no hace más que aplicar en el campo del urbanismo lo que es exigencia legal general y que la práctica demandaba por razones de seguridad jurídica al resultar notorias las insuficiencias y contradicciones que resultaban del sistema de publicidad de planes previsto en la Ley del Suelo.**

La Sentencia enfrentada (la del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1989) analiza el tema del alcance del artículo 70.2 de la Ley de Bases citada y artículo 196.1 y 2 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, afirmando que estos preceptos exigen la publicación íntegra en el Boletín Oficial correspondiente de las Ordenanzas, Reglamentos y Normas de los Planes Urbanísticos y aplazan su entrada en vigor hasta que hubiesen transcurrido los quince días establecidos en el artículo 65.2 de la misma Ley para que la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas puedan requerir motivadamente a la Corporación Local que hubiese aprobado tales Ordenanzas o Normas para que las anule si considera que infringen el Ordenamiento Jurídico (artículo 65.1 y 2 de la Ley de Bases). Estos preceptos se refieren a las Ordenanzas y a las Normas de los Planes Urbanísticos que hayan aprobado definitivamente las Corporaciones Locales y no a las que hayan aprobado definitivamente el Estado o las Comunidades Autónomas, dado que el precepto es de ámbito local... y es aplicable a los Acuerdos, Ordenanzas y Reglamentos de todas las Corporaciones Locales del Estado (sin distinción de Comunidades Autónomas) y cualquiera que fuese el Estatuto de Autonomía de éstas, dado que estos preceptos desarrollan el artículo 149.1.18 de la Constitución que reconoce al Estado competencia exclusiva para dictar las Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

El hecho de que el artículo 70.2 de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 sea aplicable a los actos Reglamentos y Ordenanzas, etc. (incluyendo Normas de los Planes de Urbanismo), no significa que deba aplicarse a las Normas de los Planes Urbanísticos que aprueben definitivamente órganos distintos de las Administraciones Locales, como es el caso de los Planes Generales Municipales que los aprueban definitivamente las Comisiones Provinciales de Urbanismo —artículo 35.1 de la Ley del Suelo— o el Consejero correspondiente de la Comunidad Autónoma si se trata de capitales de provincia o de poblaciones superiores a 50.000 habitantes, o afecten a varios municipios (artículo 35.1.c), siendo claro que las normas del Plan General Revisado de Lloret de Mar

aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo no debieron de ser objeto de la publicidad plena establecida en el artículo 70.2 de la Ley citada y artículo 196.2 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico, sino que era suficiente la publicidad general del artículo 44 de la Ley del Suelo para su inmediata entrada en vigor según el artículo 56 de la propia Ley del Suelo; por lo que realizada en el presente caso la publicación del artículo 44 de la Ley del Suelo, el referido Plan General entró en vigor desde la fecha de la publicación, y es, por tanto, este Plan General Revisado, y no el antiguo Plan Parcial, lo que aquí debe aplicarse para determinar si procede o no conceder la licencia objeto de debate, sin que sea aceptable la tesis del recurrente de que los Planes de Urbanismo, aunque los promuevan las Corporaciones Locales, los aprueba siempre definitivamente la Comisión Provincial de Urbanismo o el Consejero de la Comunidad Autónoma correspondiente, pues los artículos 5.º.1 del Decreto Ley 16/81 y 29.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/84, de 9 de enero, son algunos ejemplos claros de lo contrario.

En definitiva se declara tajantemente que no es necesaria para la eficacia del Plan General la publicidad plena en el Boletín Oficial de la Provincia establecida en el artículo 70.2 de la Ley de Bases, cuando el Plan General aprobado definitivamente por órgano urbanístico no local se ha publicado según los cauces normales establecidos en los artículos 44 y 56 de la vigente Ley del Suelo.

La sentencia impugnada (Fundamento 8.º) declara que la amplia dicción literal del artículo 70.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, referida a los planes urbanísticos sin distinción, el carácter municipal del planeamiento en alguno de sus escalones, la lógica que excluye que en los Planes de mayor relevancia la publicidad sea menor, en último término el principio de interpretación conforme a la Constitución que en su artículo 9.3 consagra el principio de publicidad de las normas, conducen a la conclusión de que el artículo 70.2 de la Ley 7/85 no puede referirse sólo a los Planes cuya aprobación definitiva es de la competencia municipal.

En el fundamento 9.º precisa que «dado que en el supuesto litigioso las normas urbanísticas de la Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca no fueron publicadas dentro del plazo de otorgamiento de la licencia disentida ni en el Boletín Oficial de la Comunidad ni tampoco en el de la Provincia, no resulta necesaria ahora la búsqueda de la solución que concilie los artículos 70.2 de la Ley 7/85 y artículo 36 del Estatuto de Autonomía de Baleares». Y a continuación (Fundamento 10) se añade «tal falta de publicación impedía la entrada en vigor del Plan que por tanto no podía servir de

fundamento para la denegación de la licencia litigiosa cuyo otorgamiento con arreglo al planeamiento anterior era procedente».

No obstante debe también resaltarse que la propia sentencia de 10 de abril de 1990 (Fundamento 4.º) deja claro que en el caso enjuiciado «la licencia solicitada el 30 de septiembre de 1985 fue denegada el 27 de noviembre siguiente con invocación del nuevo planeamiento aprobado definitivamente por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma el 31 de octubre de 1985 y publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad (al día siguiente sin recoger el texto de las Ordenanzas y Normas Urbanísticas).

Así las cosas —se añade— «dado que el nuevo Plan tenido en cuenta por el Ayuntamiento es de fecha comprendida dentro del plazo de tres meses establecido para resolver sobre las peticiones de licencias —sentencias de 13 de noviembre de 1989 y 19 de febrero de 1990, etc.— es claro que su aplicación sería correcta siempre que se hubiera producido su entrada en vigor».

Lo expuesto es, pues, suficiente para poder sostener que en este supuesto se da la contradicción en la fundamentación que ofrecen ambas sentencias (la impugnada y la objeto de comparación) y en los fallos, Así la sentencia anterior considera que la vigencia de los Planes Generales comienza con la publicación del Acuerdo de aprobación definitiva en los Boletines Oficiales del Estado o de las Comunidades Autónomas; mientras que la recurrida entiende que no basta tal publicación para que la vigencia comience. En consecuencia una dice que la norma contenida en el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/85 sólo se aplica según el alcance territorial de la competencia del órgano al que corresponde la aprobación del Plan; la otra o impugnada entiende que tal norma se aplica a todos los Planes sin distinción.

Si existe, pues, contradicción se hace preciso determinar cuál sea de las tesis sostenidas por las sentencias invocadas la correcta, pues únicamente si se llega a la conclusión de que lo es la mantenida en la sentencia antecedente, es cuando procede dar lugar al Recurso de Revisión —sentencias de 31 de enero de 1989, 20 de febrero de 1989, etc.—. Y a tal efecto hay que atender al contenido respectivo de cada sentencia. No deben bastar los criterios generales de interpretación.

La sentencia impugnada expone, en amplio análisis, los distintos criterios hermenéuticos del Título Preliminar del Código Civil para fijar la que considera exacta aplicación del artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. En el tema de la publicación de las normas del Plan como requisito de eficacia, la sentencia impugnada entiende —en lo

esencial— que desde que se dictó el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, para decidir en qué Boletines ha de publicarse el Plan (acuerdo de aprobación definitiva y Normas Urbanísticas) habrá de estarse al ámbito territorial del mismo; mientras que de la sentencia enfrentada y de la tesis del actor en Revisión el criterio debe ser el que tenga en cuenta la extensión territorial de la competencia del órgano al que corresponda la aprobación —sistema además contemplado en la Ley y artículo 134 del Reglamento de planeamiento, etc.— teniendo en cuenta en la actualidad las competencias en la materia atribuidas a las Comunidades Autónomas. Es destacable al efecto que en los Estatutos de Autonomía se establece que la publicación de las normas, en sentido más genérico, es suficiente para su validez y eficacia. Así en el artículo 36 de la Ley Orgánica 2/83 de 25 de febrero se dispone que «todas las normas, disposiciones y actos emanados del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma que lo requieran serán publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares». «A todos los efectos esta publicación será suficiente para la validez de los actos y entrada en vigor de las disposiciones y normas de la Comunidad Autónoma».

De su tenor literal se desprende que esta publicación será suficiente para su validez, lo cual ha de suponer que cualquier otra publicación no ha de ser condición de eficacia de las normas publicadas en el Boletín Oficial de la Comunidad. En el mismo sentido el artículo 41 de la Ley de 24 de octubre de 1984 sobre Régimen Jurídico de la Comunidad Autónoma.

Nada impide que el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local pueda interpretarse con el alcance que le atribuye la sentencia impugnada, al ser armonizables los mandatos contenidos en ambas Leyes, unido a que en la materia discutida (supuestos de competencias concurrentes) es difícil el pretender delimitar con nitidez el contenido de las normas.

La sentencia también se refiere a la lógica jurídica como soporte de su tesis. Y teniendo en cuenta que la publicidad sólo alcanza a las Normas Urbanísticas del Plan General, la conclusión a que se llega es plenamente armonizable con las reglas que deben regir un análisis ponderado de la temática litigiosa, en cuanto a la objeción que se formula a la publicación del Acuerdo de aprobación definitiva del Plan de Palma de Mallorca en el Boletín Oficial de la Comunidad el 1 de noviembre de 1985 es precisamente por no contener como era preceptivo las Normas Urbanísticas, al resultar insuficiente el texto íntegro del Acuerdo de aprobación definitiva.

Este requisito o condición de eficacia no pondría nada nuevo en manos de los Ayuntamientos dado que la exigencia de la publicación de las Normas Urbanísticas como complemento del Acuerdo de aprobación definitiva debe ser cumplida por el órgano urbanístico que apruebe definitivamente el Plan General al formar una unidad inescindible (Acuerdo de aprobación y Normas Urbanísticas) con acceso directo al Boletín Oficial correspondiente, bien sea el de la Comunidad o en el Provincial en el caso que los Ayuntamientos aprueben los Planes (y siempre que éste exista), pero debe quedar claro que no resulta necesaria la doble inscripción, bastando una sola y referida al órgano de aprobación definitiva, si bien cumpliendo la exigencia legal y constitucional de la publicación de las Normas Urbanísticas como se ha dicho.

El establecer como requisito-presupuesto de la entrada en vigor de un Plan General de Ordenación Urbana la necesidad de la publicación junto al Acuerdo de aprobación definitiva de las Normas Urbanísticas del Propio Plan en el Boletín Oficial correspondiente, no hace más que aplicar en este campo del urbanismo lo que es exigencia legal general —artículo 9.3 de la Constitución Española, artículo 2.1 del Código Civil, artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que la práctica demandaba por razones de seguridad jurídica al resultar notorias las insuficiencias, contradicciones, etc. que resultaban del sistema de publicidad de Planes previsto en los artículos 44, 56 y preceptos concordantes del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Con ello no se desconoce el carácter que debe atribuirse al Plan como marco físico elegido para el desarrollo de la convivencia prefigurando por tanto qué transformaciones se van a introducir en la realidad de hecho. Nace evidentemente (como cualquier norma, etc.) para ser llevado a la práctica o ejecutado. No puede, es cierto, desentenderse de la realidad de hecho existente a la hora de su formulación, pero también lo es que el Plan en lo que tiene de Norma (la Ley precisa el concepto al referirlo a las Normas Urbanísticas, apartado c), n.º 3 del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Suelo) demanda como presupuesto de la eficacia la publicación como nota esencial.

La doctrina de la propia Sala —sentencia de 12 de febrero de 1991, etc.—, al intentar definir las competencias de los Ayuntamientos y de las Comunidades Autónomas en el tema de la elaboración de Planes de Urbanismo (y en concreto en el momento de la aprobación definitiva), resalta la indudable complejidad del sistema y afirma que sería deseable que en un planeamiento más amplio que el municipal se recogieran ya las determinaciones derivadas de los intereses autonómicos, lo que simplificaría el trámite de la aprobación definitiva: bastaría entonces

con la virtualidad del principio de jerarquía normativa en su aplicación al planeamiento.

Esta última reflexión jurisprudencial es importante en el tema aquí tratado; de un lado no resulta fácil hacer una delimitación de competencias dentro del complejo o compuesto procedimiento de elaboración de Planes de Urbanismo. De otro se alude a la necesidad de simplificación que conduce en virtud del principio de ejecutividad —tan pronto se ha cumplido el trámite de la publicación— a la plena eficacia del Plan. La publicación de los Planes de Urbanismo conforme a lo dispuesto en la Ley del Suelo y Reglamentos de aplicación venía referida materialmente a la sola publicación del texto íntegro del Acuerdo de aprobación definitiva y sin que en este sentido la legislación autonómica haya introducido variación alguna —igual la Ley 8/90, de 25 de julio—. Este régimen jurídico se había manifestado en la práctica insuficiente y por ello la norma contenida en el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local ha dado respuesta adecuada en plena coherencia con la garantía que la Constitución establece en el tema de la publicidad de las normas constitucionales (lo ya dicho de antiguo por el Código Civil y la Ley de Procedimiento Administrativo); porque lo que se exige es la publicación en el Boletín Oficial que corresponda (el denominado de la provincia incluso no existe en las Comunidades de origen uniprovincial, o al menos en algunas) de las Normas Urbanísticas; no de los demás instrumentos o documentos que forman un Plan según el artículo 12 de la Ley. Por ello carecen de peso las objeciones que se formulan sobre costes e imposibilidades materiales, etc. que como obstáculos adicionales se imputan a la doctrina que contiene la sentencia recurrida. Al contrario la doctrina que contiene ofrece la ventaja de intentar conseguir homogeneidad en un campo en que se interfieren competencias concurrentes (la exclusividad es difícilmente sostenible), unido a que los procedimientos de elaboración de Planes son por naturaleza complejos como compuestos de varias fases y en que el Acuerdo de aprobación definitiva no es, en ningún caso, acuerdo de fiscalización.

Por eso es plenamente asumible la interpretación amplia e integradora que ofrece la sentencia recurrida (la dictada por la Sección Sexta de la Sala Tercera de 10 de abril de 1990) al sostener que el carácter municipal del planeamiento justifica plenamente la aplicación de la normativa prevista para las Ordenanzas locales. Al efecto recuerda el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento Jurídico —artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ya que si la Constitución proclama el principio de la publicidad de las normas (artículo 9.3) toda duda interpretativa ha de despejarse con la solución que permita hacer más eficaz dicha publicidad. Y en

esta línea el sistema que ofrece el artículo 70.2 de la Ley 7/85 es más perfecto y como acomodado a la exigencia constitucional merece ser generalizado.

Como también se dice en la sentencia la amplia dicción legal del precepto analizado, referida a los planes urbanísticos sin distinción, el carácter municipal del planeamiento en alguno de sus escalones (y en particular en materia de ejecución, etc.), la lógica que excluye que en los Planes de mayor relevancia la publicidad sea menor, etc., conducen a la conclusión —que hace suya la Sala de Revisión— de que el artículo 70.2 de la Ley 7/85, no puede referirse sólo a los Planes cuya aprobación definitiva es de la competencia municipal; si bien se resalta de nuevo el rechazo de la exigencia de una posible duplicidad en la publicación. La exégesis razonable de la norma (artículo 70.2 de la Ley citada), en relación en este caso con los artículos 36 del Estatuto Balear y artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de 24 de octubre de 1984, permiten sostener que las Normas Urbanísticas han de formar a efectos de su publicación en el Boletín Oficial una unidad inescindible con el Acuerdo de aprobación definitiva, y que como tal instrumento único ha de tener acceso al Boletín Oficial que corresponda en razón del órgano urbanístico que apruebe definitivamente el Plan.

Lo expuesto permite declarar la inexistencia de razones suficientes que permitan la viabilidad de la pretensión rescisoria entablada.

(Sentencia de 11 de julio de 1991, Sala de revisión, Ar. 6352. Ponente MARTIN MARTIN.)

3. La cesión obligatoria de viales legitima el libre paso por éstos aunque no se haya procedido todavía a su entrega por el urbanizador y aceptación por el Ayuntamiento y autoriza a éste a proceder al ejercicio de la acción recuperatoria.

«Pero los términos del debate judicial son sumamente claros y no pueden ser oscurecidos con esta argumentación. No se puede decir ahora que es hipotética la cesión de 1.011,75 metros cuadrados con dicho destino, cuando está admitida plenamente por la parte demandante en la primera instancia —Hecho tercero y Fundamentos Jurídicos II.3.º a) y c) de su demanda—. Tampoco es exacto que la sentencia de instancia haya dicho que el plano del folio 35 del expediente es el que se corresponde con los terrenos reclamados por el Ayuntamiento. La cuestión real viene planteada en estos términos: el Ayuntamiento pretende recuperar para el dominio público una zona de terreno de 1.011,75 metros destinada a zona verde y equipamientos y además

unos viales que deberían haber sido cedidos obligatoriamente como consecuencia de la urbanización y edificación llevada a cabo, previos los proyectos correspondientes, en la llamada Avenida del Manzano en los años 1976 y 1977, sin que los propietarios a ello obligados los hayan cedido; antes al contrario, tales terrenos han sido ocupados por los propietarios, que los han vallado, manteniendo esta situación durante doce años aproximadamente hasta el requerimiento que ha sido impugnado. Para los demandantes la cuestión radica en la exacta localización del terreno destinado a zona verde y equipamientos y a la fijación de cuáles sean los viales que debieron ser cedidos; y a su juicio son los previstos en el proyecto de urbanización simultánea a la licencia de edificación otorgada y están establecidos en el plano del proyecto correspondiente que figura en el folio 33 del expediente; todo ello de acuerdo con el art. 83.3 de la Ley del Suelo y en aplicación de lo dispuesto en el art. 40 del Reglamento de Gestión Urbanística. Curiosamente en la contestación a la demanda el Ayuntamiento coincide plenamente con este planteamiento y así lo expresa en sus hechos segundo y tercero y en los fundamentos jurídicos 2.º y 3.º.

En cuanto al terreno destinado a equipamiento y zonas verdes su extensión viene determinada por las Ordenanzas, está recogido en la Memoria descriptiva del Proyecto y aceptado por los compradores según aparece en la estipulación Cuarta de la escritura pública de compraventa de 29-12-1986. Su ubicación también es clara a tenor de las pruebas practicadas a instancia de la parte actora; singularmente, de la respuesta dada por el arquitecto redactor de los proyectos de edificios, don Román M.M. al contestar las preguntas cuarta y quinta (folio 41 y 55 de los autos); y del informe emitido por el arquitecto asesor del Ayuntamiento señor S.F. (folio 47) cuando afirma que, según las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, aparece una calle perpendicular a la Avenida del Manzano entre espacio de cesión sustancialmente con el plano a menor escala del folio 35; para mayor concreción figura tal espacio en el plano del folio 33 en un recuadro rayado diagonalmente titulado cesiones; y en los planos de los folios 34 y 35 entre el edificio número 8 y una titulada «vivienda de los hermanos G.». En cuanto a los viales también la prueba practicada proporciona datos suficientes para su concreción. Hay que partir del plano obrante al folio 33 aceptado —como hemos dicho antes— por ambas partes; de su conjugación con el informe emitido por el Arquitecto asesor municipal a que antes nos hemos referido, obrante a los folios 46 a 48, contestando por vía de informe a pregunta de la parte demandante y operando sobre el Proyecto de delimitación del casco urbano de 1975; sobre el Proyecto de delimitación del casco urbano de 1975; sobre el Proyecto de edificación de 27-5-1977; y sobre las Normas subsidiarias de 1988, se llega a la conclusión de que los viales a

ceder se encuentran marcados en el referido plano del folio 33 con las medidas que se derivan de tal informe y de la desaparición de los aparcamientos de superficie en número de 44 en batería diagonal sustituidos por aparcamiento en planta sótano; según afirma el arquitecto señor M.M. al contestar la pregunta tercera (folios 41 y 55). Como ha dicho este Tribunal (STS 17-2-1986 la cesión obligatoria de viales legítima el libre paso por éstos aunque no se haya procedido todavía a su entrega por el urbanizador y aceptación por el Ayuntamiento y autoriza a éste a proceder al ejercicio de la acción recuperatoria que le conceden los arts. 404 de la Ley de Régimen Local y 55 de su Reglamento de Bienes (hoy art. 82 de la Ley de 1985 y art. 70 del Reglamento de Bienes de 13-6-1986).

(Sentencia de 17 de octubre de 1991, Sala 3ª, secc. 5ª. ar. 7842. Ponente: ESTEBAN ALAMO.)

4. Protección de la legalidad urbanística frente a transmisiones posteriores de bienes afectados por alguna irregularidad urbanística. Se rechaza por el Tribunal la alegación relativa a la protección registral frente a un acuerdo de demolición y declara la necesidad de poner en conocimiento de los propietarios de los inmuebles afectados la existencia de la infracción urbanística.

«En relación con los áticos existentes en el edificio Mercurio cuya demolición también aparece acordada por la Corporación demandada, hay que señalar que todos los afectados coinciden en denunciar la indefensión que les ha producido el que el acuerdo de la Corporación se produjera sin comunicación previa alguna a sus titulares, y que uno de los propietarios ha aducido y solicitado la protección Registral, en su condición, según dice, de tercero de buena fe, y aunque proceda rechazar la alegación relativa a la protección registral aducida, a pesar de que resulte acreditado que se ha producido la inscripción registral y que la Corporación no hizo ni intento de anotación en el Registro del acuerdo de demolición pues los arts. 62 y 88 de la Ley del Suelo, protegen suficientemente la legalidad urbanística frente a transmisiones posteriores de bienes afectados por alguna irregularidad urbanística, sí que procede estimar la alegación de indefensión que algunos de los recurrentes, aducen, pues aun cuando las Corporaciones Locales puedan acordar y disponer la restauración del orden urbanístico incluso frente a propietarios ajenos a la infracción urbanística y a los autores de la perturbación incluso cuando aquéllos hayan inscrito sus bienes en el registro de la Propiedad, a virtud de lo dispuesto en los artículos 62 y 88 de la Ley del Suelo, hay que señalar que aun cuando por ello los

propietarios posteriores queden subrogados en el lugar y puesto del anterior propietario, la Corporación no puede acordar la demolición de un bien, sin haber oído previamente a quien en el momento de dictar el acuerdo sea el propietario del mismo, pues si así no lo hace, afecta a su derecho de defensa y motiva una actuación por ello anulable, al amparo de lo dispuesto en el art. 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 24 de la Constitución, y siendo así que las actuaciones muestran que la Corporación dispuso la demolición de los áticos del edificio Mercurio, sin haber oído a sus titulares, y que sólo después de acordarlo dio traslado a alguno de ellos y que incluso ha posibilitado que uno de ellos aún no tenga conocimiento oficial del acuerdo de demolición y que por ello ni siquiera en estas actuaciones aparezca personado, es procedente por todo ello acordar la vuelta atrás de las actuaciones a fin de que la Corporación ponga en conocimiento de los distintos titulares de los áticos citados, la existencia de la infracción urbanística para que ellos en el plazo de dos meses hagan las alegaciones que estimen pertinentes y tras ello la Corporación dicte el acuerdo que proceda, solución que, por otro lado, es en todo conforme con la que esta Sala, en supuesto similar, acordó al resolver el recurso 466/1979 por S. de 16-4-1982 y que fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 12-9-1984.

Resta sólo por examinar los problemas relativos a los cuatro áticos del edificio «Mercurio» y planteados en distintos sentidos por todos los apelantes: don José A.R. y don Valeriano G.M. don Juan de Dios M.G. por reputar incongruente por exceso de solución dada por la Sala de instancia, y el Ayuntamiento de Granada por estimarla improcedente. Al particular sostienen los tres primeros que la sentencia apelada debió limitarse en acatamiento de lo dispuesto en el art. 84 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la anulación de los actos administrativos en el particular relativo a dichos áticos, mas sin disponer retroacción alguna de actuaciones, y el Ayuntamiento de Granada mantiene su postura proclive a la extensión de la demolición también a los mismos por ser en este aspecto ajustado a Derecho su impugnado acuerdo, sin necesidad de haberse oído a los actuales propietarios. Ambas alegaciones forzosamente han de ser rechazadas, razón por la que unido a lo precedentemente expuesto se impone la desestimación de las apelaciones y la confirmación de la sentencia recurrida, toda vez que, en primer lugar, la anulación de los actos administrativos, en este caso meramente formal, con retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la falta causa de la anulación, es una constante en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa efecto de la extensión de sus potestades a velar por la pureza del procedimiento y a lograr que éste se desarrolle con entera regularidad, constituyendo una más de las posibles decisiones del recurso

contencioso-administrativo; y en segundo término, la audiencia de los propietarios actuales de los expresados áticos, además de don Valeriano G.M. y don Juan de Dios M.G., don Eduardo R.R., le venía impuesta al Ayuntamiento de Granada antes de acordar la demolición de los mismos, no sólo por el superior principio constitucional en que se basa la Sala de Granada sino por una imposición de legalidad ordinaria, ya que conforme se desprende del artículo 185 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, como actuación previa a todo el desarrollo posterior procedimental de la reacción municipal ante obras ilegales, ha de requerirse al promotor de las obras o a «sus causahabientes», es decir, al titular de las obras, sea éste quien las hubiese llevado a cabo, o sea quien las hubiese adquirido por actos «inter vivos» o «mortis causa».

(Sentencia de 17 de octubre de 1991, Sala 3ª, secc. 5ª, Ar. 7843. Ponente: BARRIO IGLESIAS.)