

RESEÑA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Primer trimestre de 1988)

POR

MARÍA ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ

Seminario de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. FUENTES: 1. *Reserva de Ley*. 2. *Relaciones Ley-Reglamento*. 3. *Estatuto de Régimen y Gobierno Interior*.— II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. *Organos rectores de Cajas de Ahorros*. 2. *Colegios Profesionales*. 3. *Competencias CC.AA./Corporaciones locales*. 4. *Organos descentralizados*.— III. HACIENDAS LOCALES: 1. *Contribución Territorial Urbana*. 2. *Tasa Municipal de Alcantarillado*. 3. *Reglamento de Haciendas Locales de Navarra*. 4. *Impuesto de radicación*. 5. *Plusvalía*.— IV. PERSONAL: 1. *Excedencia voluntaria*. 2. *Retribuciones funcionarios locales*. 3. *Retribuciones Controladores Circulación Aérea*. 4. *Comisión de servicio*.— V. ACTO ADMINISTRATIVO: 1. *Silencio administrativo positivo*. 2. *Nulidad acuerdos Corporación local*. 3. *Principio de ejecutividad de los actos*. 4. *Actos de inspección*.— VI. CONTRATOS: 1. *Contrato de gestión de servicios*. 2. *Recepción provisional de obras*. 3. *Contrato de obras*.— VII. SANCIONES: 1. *Plazo de prescripción infracciones*.— VIII. RESPONSABILIDAD: 1. *Accidente laboral*.— IX. PROCEDIMIENTO: 1. *Adopción de acuerdos por Corporación local*. 2. *Artículo 64 LBRL*. 3. *Sujeción a dictamen órganos estatales*.— X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. *Sentencia firme*. 2. *Ejecución de sentencias*.— XI. BIENES: 1. *Montes vecinales en mano común*. 2. *Aguas*. XII. SERVICIOS PÚBLICOS: 1. *Potestad correctiva de la Administración sobre las concesionarias*. 2. *Servicio público impropio*.— XIII. URBANISMO: 1. *Competencias para determinar modelo territorial*. 2. *Cesión de suelo destinado a sistemas generales*. 3. *Reparcelación económica*. 4. *Sistema de compensación*. 5. *Suspensión efectos de licencia*.

I. FUENTES

1. *Reserva de ley que impide el ejercicio de la facultad reglamentaria independiente por el poder ejecutivo en materias que afectan a la libertad de empresa y al comercio interior. Todo lo relativo al horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales es materia que queda integrada en la de libertad de empresa y comercio interior*

«Para la adecuada solución del tema planteado debe partirse, en primer lugar, que a tenor de lo establecido en los artículos 38 y 53.1 de la Constitución, los derechos relativos a la libertad de empresa sólo pueden regularse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y, en segundo término, que según lo dispuesto en el artículo 51.3 de la propia Ley fundamental, en el marco de la defensa de los consumidores y usuarios, en su seguridad, salud y legítimos intereses económicos, así como en la promoción de su información y educación, fomento de sus organizaciones, y audiencia

de éstas en las cuestiones que puedan afectarles, la ley regulará el comercio interior, es decir, debe partirse de la afirmación de que la Constitución, en materias que afectan a la libertad de empresa y al comercio interior en los términos expuestos, establece una reserva de ley que impide el ejercicio de la facultad reglamentaria independiente por el poder ejecutivo y, esto sentado, es indudable que todo lo relativo al horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales es materia que queda integrada en la de libertad de empresa y en el comercio interior y, por tanto, constituyen materia de reserva de ley, vedada, en consecuencia, a la potestad reglamentaria, por lo que las disposiciones que vulneran tal reserva son nulas de pleno derecho por quebrantar el principio de jerarquía normativa. No puede aceptarse la tesis de la recurrente relativa a que el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1974 que habilitaba al Gobierno para dictar normas generales sobre horarios de apertura y cierre de establecimientos comerciales, servía de cobertura legal al Decreto impugnado al haber asumido la Generalidad valenciana las competencias del Gobierno en esta materia, y no puede aceptarse, por una parte, porque la competencia sobre comercio interior atribuida por el Estatuto de Autonomía a la Generalidad deja a salvo las bases y la ordenación de la actividad económica general y la defensa de la competencia, en cuyas bases, ordenación y defensa deben incardinarse la regulación de los horarios comerciales ya que tal regulación es pieza fundamental en la libertad de empresa y en el establecimiento de un mercado comercial único para toda la Nación y, por tanto, es pieza fundamental en la defensa de los derechos del usuario y consumidores que quedan más protegidos con la libertad que con intervenciones restrictivas y, por otro lado, porque aun en la hipótesis de que no se entendiese derogado dicho Decreto-Ley de 1974 por inconstitucionalidad sobrevenida dada la oposición de su regulación a los principios de libertad que dicho texto fundamental establece, habría que tener en cuenta en esta materia de reserva de ley la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto a que si bien tal reserva no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, sí excluye que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador —sentencias de 24 de julio de 1984 y 17 de febrero de 1987—, degradación que se produciría de entender vigente a la sazón el mencionado Decreto-Ley.» (Sentencia de 23 de marzo de 1988. Sala Tercera. Pérez Gimeno. R.A. 1.704.)

2. *Relaciones Ley-Reglamento. Naturaleza jurídica de «reglamento ejecutivo» del Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, sobre Estructuras Federativas Deportivas. Eficacia externa de los Estatutos de las Federaciones Deportivas. Competencia estatal para intervenir en la regulación de la elección de los Presidentes de las respectivas Federaciones*

«Pasando ahora a examinar la impugnación formulada en las demandas, en el sentido de que el Real Decreto 643/1984, infringe la propia Ley 13/1980, de 31 de marzo, que dice desarrollar, se ha de tener en cuenta: A) Que en la citada Ley se ha empleado la técnica habitual de la "remisión normativa", ante las propias lagunas de la misma al no poder llegar a la regulación de todos los pequeños detalles, abriendo a tal fin un amplio cauce normativo secundario, con objeto de habilitar al poder ejecutivo para completar el proceso de construcción del ordenamiento deportivo a partir de las potestades, principios y preceptos de aquélla, sus técnicas remisorias son por un lado específicas a lo largo del articulado de la Ley y, por otro, hay remisiones generales, —artículo 14 y Disposición Final Primera—, remitiendo específicamente también la técnica del reglamento en los artículos 12.1, 13, 16.2, 34.1 c), 38, y su Disposición Transitoria Cuarta, de forma que, el Real Decreto 643/1984, no es otra cosa que el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración que —repetimos—, no representa el desarrollo inicial y único de dicha Ley, sino que viene a sustituir a otra Disposición reglamentaria, cual es el Real Decreto 177/1981, el cual ni ha sido tachado de inconstitucional, ni ha sido impugnado, ni ha sido declarado nulo, por lo tanto, si la propia Ley 13/1980, autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para su desarrollo, el Real Decreto ahora combatido no ha hecho otra cosa que utilizar el precepto legal que le permite regular reglamentariamente las "Estructuras Federativas Deportivas Españolas", como ya había hecho el Real Decreto 177/1981. B) Por las demandas se hace un particular análisis del artículo 17 de la Ley 13/1980, para tratar de encontrar un motivo de impugnación del Real Decreto 643/1984, más el artículo 12 de aquélla, asigna a los clubes deportivos la elaboración y aprobación de sus Estatutos, si bien, de acuerdo con el "régimen normativo que se determine reglamentariamente" y el citado artículo 17 se refiere a los Estatutos de las Federaciones, pero todo ello dentro y conforme a lo establecido en el artículo 14.2, el cual se encuentra también dentro de la Sección Segunda en el que se halla el aludido artículo 17 y que se refiere a las Federaciones españolas, cuyo artículo 12.2 dice textualmente "Las Federaciones españolas se rigen por la presente Ley y Disposiciones que la desarrollen", por consiguiente, el artículo 17 y, más concretamente

los Estatutos de las Federaciones españolas, habrán de tener en cuenta, no sólo lo dispuesto en la Ley 13/1980 sino también lo establecido en el Real Decreto ahora impugnado, como anteriormente tenía en cuenta el Real Decreto 177/1981, de forma que si los Estatutos suponen una cierta capacidad de autonormación para las organizaciones de base privada —lo cual es bastante habitual en nuestro derecho—, no es menos cierto que su alcance y eficacia general ha de estar limitado por el ordenamiento estatal, exista o no remisión explícita a tal principio, pues como apunta la doctrina “la eficacia externa de los Estatutos no depende ya de la sola voluntad del grupo social que hace surgir la norma, ni tampoco de la finalidad de la misma, sino precisamente de una voluntad que se presenta como distinta y superior a ella”, esto es, del reconocimiento que de la norma en cuestión pueda hacer el Ordenamiento estatal general en cuanto Ordenamiento preeminente, pues la Ley tiene primacía sobre las demás fuentes, comprende todas las normas estatales dentro del orden jerárquico impuesto por el artículo 9 de la Constitución y, por lo tanto, tiene también primacía sobre los reglamentos del Gobierno, así los Estatutos regulan en su nivel determinadas cuestiones pero deben ser aprobadas por la Administración pública y en el caso de las Federaciones, así lo exige el artículo 15.1, de la Ley 13/1980, por lo que —como acertadamente razona la contestación a la demanda—, “sería un absurdo que las Federaciones llegaren al establecimiento, sin límite alguno, de unos Estatutos en los que el Consejo Superior de Deportes no tuviese nada que decir, que es en definitiva lo que parece deducirse de las tesis de las demandas, limitándose a una mera aprobación de carácter formal, lo que no se fundamenta en ningún precepto legal”, de aquí que, los Estatutos de las Federaciones Españolas, aun teniendo su ámbito peculiar y propio, conforme al artículo 17 han de subordinarse a la Ley 13/1980 y disposiciones que la desarrollan. C) Que, la doctrina y la jurisprudencia son las que han establecido que, precisamente el entramado normativo de la relación “Ley-Reglamento” se justifica cuando la primera tiene preceptos vagos e incompletos, o formula reglas sólo a nivel de “principios” que, el segundo como complemento necesario o indispensable debe precisar —veáanse las sentencias del Tribunal Constitucional de 4 de mayo y 30 de noviembre de 1982, así, concluyendo, el comentado artículo 17 tiene un significado y función que es el de ser exclusivamente delimitador del ámbito objetivo de los Estatutos Federativos, respecto de otras normas de diferente teleología que elaboran también las mismas Federaciones y, la distinción entre Estatutos —artículo 17 de la Ley—, como normas orgánicas, y reglamentos deportivos —artículo 16—, como normas de actividad, subyace en el planteamiento debidamente combinado de los dos preceptos, es decir, no existe infracción del principio de “jerarquía de

de las normas" en el total contenido del Real Decreto 643/1984. D) Que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyo excesivo número de sentencias exonera de toda concreta cita, los Reglamentos no tienen por qué limitarse a reproducir el texto de la Ley que desarrollan, sino que pueden aportar elementos normativos nuevos, con la natural limitación de no contener preceptos *contra legem*, la competencia del Gobierno es irrenunciable —artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, y se ejerce no sólo por la potestad general que constitucionalmente posee —artículo 97 de la Constitución—, y legalmente ostente —artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, sino también, en este caso concreto, por las expresas habilitaciones genéricas y específicas que contiene la Ley 13/1980, pudiéndose afirmar que, con tal carácter de reglamento ejecutivo de dicha Ley, el Real Decreto 643/1984, respeta los límites puestos a las normas de ese carácter, no existiendo, por tanto, atentado alguno a los principios de seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad —artículo 93, de la Constitución—, ni quiebra alguna de los principios generales del derecho, por otra parte, en su contenido no se advierte indicio alguno de retroactividad conectado o ligado con disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, como las demandas alegan. E) Que la fijación de los contenidos básicos de los Estatutos —artículo 3.º a 8.º del Real Decreto impugnado—, constituye una objetivación de las reglas protectoras de los principios representativos y una reestructuración democrática exigidas por la citada Ley 13/1980, así, el Real Decreto reitera que son los respectivos Estatutos de las Federaciones Deportivas Españolas los que regulan su estructura interna y territorial —artículo 3.º-1—, lo que no supone que esa razón de precisión o concreción, que exista atentado alguno contra el núcleo esencial de la libertad asociativa y otro tanto puede decirse respecto de las "reglas de funcionamiento" —artículo 4.º, 9.º y 10 del Real Decreto combatido—, pues todas ellas reproducen con exactitud los principios y preceptos de la Ley, lo que en definitiva supone que dicho Real Decreto constituye un adecuado desarrollo de la Ley 13/1980. Pasando al estudio de impugnación concreta del aludido Real Decreto, en orden a la alegación de las demandas en relación con las elecciones de Presidentes de las respectivas Federaciones hoy demandantes, reivindicando la competencia exclusiva en las mismas, se ha de tener en cuenta: A) Que todas las condiciones y requisitos para la elección de tales cargos se han establecido siempre por medio de una norma reglamentaria —así también ocurría en el Real Decreto 177/1981, en su artículo 23.5, expresamente derogado por el Real Decreto 643/1984—, que determinaba que "todos los cargos serán reelegibles", mientras que en el artículo 7 del vigente Real Decreto de actual referencia se

modifica el sistema, disponiendo que "el Presidente será elegido, cada cuatro años coincidiendo con los años olímpicos, mediante sufragio libre, igual y secreto, por y entre los miembros del Pleno Federativo, no podrá ser elegido Presidente quien hubiese ostentado ininterrumpidamente tal condición durante los tres períodos inmediatamente anteriores, cualquiera que hubiere sido la duración efectiva de éstos", pues bien, ello no significa ilicitud de clase alguna, ya que responde a diferentes sistemas, todos ellos válidos, en función a nuevas concepciones tendentes a lograr, lo que se cree una mayor eficacia al entender que éste será mayor con la llegada a los cargos federativos de nuevas personas, con renovadas ideas y progresivas fronteras a alcanzar en la organización del deporte, evitando las tendencias a la rutina e inmovilismo ya que, con arreglo a una nueva mentalidad social, la representatividad se acentúa con un nuevo sistema, a través de la ponderada renovación y sucesión de generaciones, buscando con ello una saludable alternancia en los cargos de responsabilidad evitando el cansancio natural de las personas debido a la dedicación a dichos puestos, lo cual en modo alguno ha de considerarse opuesto a las esencias de los principios democráticos, procurando el cambio y renovación de las representaciones, existiendo el antecedente de la declarada licitud, de parecido sistema como son los establecidos para los Organos de Gobierno de las Cajas de Ahorro, por el Real Decreto 2290/1977, confirmado en su integridad en el recurso de amparo número 475/1982; en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 18/1984, de 7 de febrero, que la contestación a la demanda cita. B) Que, la importancia de los cargos de Presidente de Federaciones Deportivas —órgano ejecutivo de las mismas, que ostenta su representación legal, conozca y presida los órganos superiores de gobierno y representación y ejecuta los acuerdos de los mismos—, lleva consigo el que sea el más vinculado con las funciones públicas de las Federaciones, lo que justifica la competencia estatal para intervenir en la regulación de la elección de tales cargos.» (Sentencia de 23 de marzo de 1988. Sala Tercera. Martínez Sanjuán. R.A. 1.702.)

3. *Parlamento de Navarra. Valor normativo del Estatuto de Régimen y Gobierno Interior. Acuerdo de la Mesa del citado Parlamento Foral sobre modificación del Estatuto en materia de personal. Disposición normativa de rango reglamentario*

«El tratamiento unitario que, a efectos de la declaración de inconstitucionalidad, hace el artículo 27.2 de la LOTC entre Leyes de las Comunidades Autónomas y Reglamentos de sus Asambleas Legislativas descansa en el valor o fuerza de Ley que tienen éstos por emanar, al igual que aquéllas, de los órganos que ejercen la potestad

legislativa en el seno de la respectiva Comunidad Autónoma. Es más, es frecuente que los Estatutos de Autonomía requieran un *quorum* reforzado para la aprobación del Reglamento de la Cámara que, por regla general no viene exigido para la aprobación de las Leyes, como ocurre, precisamente, con el Reglamento de las Cortes de Navarra para cuya aprobación y reforma se precisa el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del proyecto —artículo 16 de la LORAFNA—. No es éste el caso del Estatuto de Régimen y Gobierno Interior del Parlamento de Navarra de 27 de diciembre de 1983 ni del Acuerdo recurrido de 17 de octubre de 1985, por el que se modificó el artículo 57 del expresado Estatuto —posteriormente derogado y sustituido por el de 10 de enero de 1986 y modificado el 16 de octubre del mismo año, pues en estos casos la aprobación fue dispensada por un órgano rector de la Cámara, la Mesa del Parlamento y no por el Pleno o alguna de sus Comisiones, que traducen el funcionamiento de la Cámara y en los que reside, por tanto, la potestad legislativa (art. 17, 1 de la LORAFNA) en relación con el artículo 154 del vigente Reglamento del Parlamento de Navarra, aprobado por el Pleno en sesión celebrada el día 12 de junio de 1985. Por otro lado, el Acuerdo de la Mesa de 17 de octubre de 1985 no es un acto parlamentario interno, como lo sería si afectase a las relaciones entre la Cámara y sus propios miembros, ni siquiera afecta a la organización de los servicios administrativos del Parlamento que son objeto de regulación en el Estatuto antes referido sino que incide un punto concreto que se proyecta en la relación estatutaria existente entre el Parlamento de Navarra y sus funcionarios, por cuanto al modificar el artículo 57 de dicho Estatuto, suprime del cuadro referenciado en su apartado 2, relativo al grado de la carrera administrativa y tanto por ciento aplicable, el grado 8 y el porcentaje 63 sobre el sueldo inicial del nivel respectivo. De lo que se ha expuesto puede inferirse que no compartimos la solución a que ha llegado el Tribunal *a quo* al dictar el auto apelado. Si a la disposición recurrida no puede atribuírsele fuerza de Ley sino categoría inferior a ésta, o sea rango reglamentario, al haber sido aprobada por un órgano carente de potestad legislativa y si, por otro lado, no se trata de un acto parlamentario puramente interno en el que podría estar en juego la independencia del Parlamento de Navarra, no parece que pueda sustraerse a este orden jurisdiccional el conocimiento del recurso que dio lugar al planteamiento del incidente en que ahora nos encontramos al venirle atribuido su conocimiento por el artículo 1.º de su Ley reguladora, interpretado a la luz de los artículos 106.1 y 153 c) de la Constitución. Creemos que esta interpretación es coherente con la efectuada implícitamente por el propio Legislador en el artículo 74.1 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial —correlativo con el artículo 58 de la

misma Ley— al encomendar a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Supremos de Justicia el conocimiento en única instancia de los recursos de esta clase que se formulen tanto contra actos como contra disposiciones procedentes de los órganos de gobierno de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma —y de sus Comisionados— precisamente en materia de personal. No participamos, por ello, de la interpretación restringida que el Parlamento de Navarra pretende dar a esta norma —al reducir su ámbito a las disposiciones interpretativas o supletorias del Estatuto de Régimen y Gobierno Interior— que a fin de cuentas participarían de la propia naturaleza de las normas desarrolladas por venir atribuida a la Mesa del Parlamento —tanto en el Estatuto de 1983 como en el vigente de 1986— la función de, aplicar, interpretar, y, en su caso, suplir el contenido de aquél (art. 2.º 2), y menos puede encontrar apoyo esta tesis en el artículo 24 de la LOPJ que, al igual que los demás comprendidos en el Título I del Libro I de la misma Ley, no tiene otro alcance que el determinar la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles, en este caso en el orden contencioso-administrativo, pero al que no puede atribuirse la interpretación que se le pretende dar por la parte demandada. El auto impugnado no contiene pronunciamiento alguno, por haber apreciado su falta de jurisdicción, sobre la alegación previa de falta de competencia invocada con carácter subsidiario por la representación del Parlamento de Navarra. El ámbito del juicio de apelación, que coincide con el de primera instancia —a salvo la prohibición de la “reformatio in peius”— no ha sido limitado en este caso por la pretensión impugnatoria, al pedir la parte apelante en último término la devolución de los autos al Tribunal *a quo* para que se pronuncie “sobre el fondo del asunto”. Ello nos permite e incluso nos obliga a pronunciarnos sobre la excepción de falta de competencia. El Parlamento de Navarra sostuvo —subsidiariamente— que al no haberse constituido el Tribunal Supremo de Navarra ni contenerse en la LOROFNA Disposición Transitoria alguna acerca del órgano jurisdiccional competente hasta tanto se constituya el referido Tribunal debe entenderse que la competencia prevista en el artículo 74.1 c) de la LOPJ corresponde al Tribunal Supremo por aplicación del criterio contenido en el apartado 3 de la Disposición Transitoria Segunda de esta última Ley. Podemos adelantar que tampoco compartimos este punto de vista. La norma intertemporal que al efecto invoca carece de toda semejanza con la cuestión planteada al venir referida a la Sala de lo Civil y de lo Penal y a competencias que a la entrada en vigor de la LOPJ ya estaban residenciadas en las Salas correspondientes del Tribunal Supremo. No es este el caso, pues aquí se trata de competencias *ex novo* para cuya atribución es preciso tener en cuenta que, a tenor de lo previsto en el apartado 5 de

la misma transitoria, la creación de los Tribunales Superiores de Justicia llevará consigo la integración en su Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Magistrados que entonces sirvan en las Salas del mismo orden jurisdiccional de las Audiencias Territoriales. Y hasta tal punto esto es así que en la disposición adicional tercera se prevé la creación de una Sala de lo Contencioso-Administrativo, en aquellas Comunidades Autónomas en las que, a la entrada en vigor de la referida Ley, existía más de una Audiencia Territorial. Es claro, por tanto, que la competencia controvertida hay que entenderla encomendada, hasta que se constituya en Navarra el Tribunal Supremo de Justicia, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona. Esta solución, que entendemos es la correcta en una interpretación sistemática de los preceptos examinados, aparece corroborada si se tiene en cuenta que el control jurisdiccional de las normas reglamentarias dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas —en el caso de Navarra, por su diputación Foral— viene atribuido a las Salas de los Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales por imperativo del artículo 10.1 a) en relación con el artículo 1.º de la Ley 34/1981, de 5 de octubre, sin que puedan alcanzarse las razones que puedan existir para alterar esta competencia porque los actos o disposiciones emanen de una Administración parlamentaria.» (Auto de 26 de enero de 1988. Sala Quinta. Rodríguez García. R.A. 363.)

II. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. *Acuerdo Pleno del Ayuntamiento de Madrid que aprueba la designación de los 28 Consejeros Generales en la Asamblea de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Organos rectores de la Caja de Ahorros. No tienen la consideración de cargos públicos. La designación de representantes de la Administración municipal en otras entidades tiene lugar por el procedimiento regulado en la Legislación de Régimen local.*

«La Sala sentenciadora, siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 17/84, de 7 de febrero, y la del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1987 califica a las Cajas de Ahorro como entes privados de carácter social, intervenidas administrativamente para las fundadas por el Estado o por las Corporaciones locales. Consiguientemente los miembros de su Asamblea o Consejo de Administración no tienen la consideración de cargos públicos y no es aplicable a su elección, el artículo 23.2 de la Constitución que se refiere al derecho de participación de los ciudadanos por medio de

sus representantes políticos o administrativos. Tal razonamiento debe ser confirmado.

La sentencia estima lesión del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución y que desconoce su proyección en el pluralismo participativo. La Ley 31/85, de 2 de agosto, sobre órganos rectores de la Caja de Ahorros pretende una plena democratización de sus órganos para que expresen los intereses de las zonas sobre las que operan, lo que condiciona la conformación de la voluntad del Ayuntamiento para que sean reconocidos los derechos de las minorías. Sin imponer una proporcionalidad concreta de ellas en la designación de los Consejeros, que sería contraria a la autonomía municipal, debe existir algún miembro perteneciente a la minoría.

Pese a que esta motivación aduce Fundamentos de Justicia Material, no puede aceptarse, porque el límite de la misma respecto a la pluralidad participativa, es la propia estructura y funcionamiento de la Administración municipal. Hay que distinguir entre la composición interna de los Ayuntamientos y la designación de sus representantes en otras entidades. En el primer aspecto, la Sentencia 32/85, de 6 de marzo, del Tribunal Constitucional ha declarado que tanto el Pleno municipal como las Comisiones informativas preparatorias de sus actos han de constituirse de modo que reflejen la existencia de mayorías, minorías y de no darse una composición proporcional a ellas infringe el artículo 23.2 de la Constitución en relación al 14 al situar desventajosamente a las minorías. Sin embargo, cuando el Ayuntamiento como entidad debe ser representado como en el caso actual, su voluntad se forma por el procedimiento regulado por la legislación de Régimen local, donde se toman las decisiones por votación mayoritaria. La designación de los consejeros representantes del Ayuntamiento, según la Ley 31/1985, ha de hacerse de esta manera. Los órganos rectores de la Caja de Ahorros representan intereses de los Ayuntamientos, impositores, fundadores y empleados. El interés municipal es indivisible, el que ostentan sus representantes y no pueden éstos a su vez fraccionarse en intereses de la mayoría y de la minoría. Tal exigencia sería contraria a la unidad de la persona jurídica pública del Ayuntamiento, al modo de adoptarse sus acuerdos, a la interpretación de la citada Ley que no impone tal condicionamiento y a la objetividad de la Administración según el artículo 103 de la Constitución.» (Sentencia de 2 de febrero de 1988. Sala Quinta. Carretero Pérez. R.A. 1.158.)

2. *Acuerdo del Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia por el que se decide suprimir las incompatibilidades a arquitectos redactores de instrumentos de planeamiento urbanístico de iniciativa administrativa impuesta por el Colegio de Valencia. Naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales. La Ley de Colegios Profesionales presta habilitación para determinar limitaciones a la libertad de ejercicio profesional de los colegiados*

«La problemática jurídica que plantea la presente apelación exige un análisis completo de la temática litigiosa debatida en instancia en cuanto se impugna en su integridad la Sentencia estimatoria dictada por la Sala de la Jurisdicción de Murcia de 31 de diciembre de 1985 al anular la Resolución del Pleno del Consejo Superior de los Colegios Oficiales de Arquitectos adoptada en las sesiones de 19 y 20 de julio de 1984 y del Tribunal Profesional del Colegio de Murcia de 1 de febrero de 1984 y en consecuencia declarar la validez del acuerdo del Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia de 23 de julio de 1983 por el que se decide "suprimir las incompatibilidades, con carácter retroactivo, a arquitectos redactores de planes generales de ordenación urbana, planes parciales y normas complementarias y subsidiarias de planeamiento con delimitación del suelo urbano y ordenanzas de edificación siempre que sean de iniciativa administrativa impuesta por el Colegio de Valencia, por no ser de aplicación a este Colegio", y que en realidad supone dejar sin efecto el acuerdo del Pleno del Consejo Superior aprobado en las sesiones de 7 y 8 de febrero de 1980 por el que se regula la incompatibilidad deontológica correspondiente a la intervención profesional de los Arquitectos en la redacción de los instrumentos del planeamiento urbanístico.

La Sentencia apelada —al igual que la dictada por esta Sala en la apelación número 86.664 de 29 de septiembre de 1986 entiende que al tratarse un tema de restricciones efectivas al derecho fundamental (*sic*) al trabajo consagrado en el artículo 35 de la Constitución unido, en este caso, al ejercicio de una profesión titular la que es materia cuyo régimen jurídico está reservado a la Ley por el artículo 36 de la Constitución Española no pueden establecerse incompatibilidades si no es con el soporte de una concreta disposición con rango legal, y al no existir tal presupuesto normativo para el caso de autos entiende el Tribunal *a quo* que incide en vicio de nulidad el acuerdo plenario del Consejo Superior y la resolución del Tribunal Profesional, mientras que resulta, por contra, ajustado al ordenamiento el acuerdo del Colegio de Murcia que decidió suprimir la incompatibilidad discutida.

Frente al razonar (e incluso tal como se sostuvo implícitamente en la Sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1986 al resolver la Apelación 59/85 y declarar ajustada a Derecho la sanción disciplinaria impuesta a un arquitecto por la

mera transgresión de la prohibición de aceptar encargos de particulares en el ámbito territorial del planeamiento en cuya redacción estaba interviniendo) cabe sostener que la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, modificada por la Ley de 26 de diciembre de 1978, presta habilitación suficiente a los Colegios para determinar limitaciones deontológicas a la libertad de ejercicio profesional de los colegiados. En efecto el artículo 1.3 de la Ley enuncia como fin esencial de los Colegios "la ordenación del ejercicio de las profesiones", cometido general que se concreta en el artículo 5, apartados *ij* y *kj*), al atribuir a cada Colegio en el ámbito de su competencia la facultad de ordenación de la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y colegial, así como impedir la competencia desleal entre los colegiados. Asimismo se les habilita, apartado *tj*), para hacer cumplir a los colegiados tanto el Ordenamiento Jurídico general que les afecta como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales en materia de su competencia. Así, pues, de este conjunto normativo se derivan importantes principios que estructuran el régimen jurídico propio de los profesiones colegiadas, y así los Colegios pueden conceptuarse como Corporaciones de Derecho público reconocidas por la Constitución (art. 36) —tal como reconoce la doctrina del Tribunal Constitucional, sentencias de 20 de febrero de 1984 y 13 de diciembre de 1985, etc.— y dotados de potestad normativa para la ordenación del ejercicio de las profesiones, si bien tales normas revisten la naturaleza de normas reglamentarias materiales incardinadas a la propia Ley del Colegio bien directamente o a través de los respectivos Estatutos generales. Y su contenido —materia sobre la que habrán de versar— vendrá formado por aquellos aspectos precisados de regulación para asegurar el orden profesional que el Colegio tiene encomendado y que no hayan sido objeto de regulación mediante normas dictadas por otros órganos del poder público con superior competencia. Por otra parte, las normas emanadas del Colegio en ordenación de la profesión satisfacen en sí mismas el principio de sometimiento de los obligados, en razón de la colegiación obligatoria y del funcionamiento democrático de los órganos de Gobierno, y sin que pueda olvidarse que el colegiado se encuentra sujeto a una relación de supremacía especial, implicando, entre otros deberes, el específico de comportamiento conforme a la ética y adecuación a la dignidad de la profesión. Y en definitiva la validez de tales normas orgánicas vendrá determinada por la adecuación que presenten respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto, dado que como ha dicho el Tribunal Constitucional en sentencias de 20 de febrero de 1984 y 24 de julio de 1984, etc., el artículo 36 de la Constitución Española no excluye la posibilidad de que las Leyes se remitan a normas reglamentarias que han de moverse dentro del

ámbito que le es propio, pero sin que quepa una descalificación global, ya que si bien es cierto que los principios generales que informan el Ordenamiento (jerarquía normativa, legalidad, etc.) son límites exigibles en el ámbito examinado, amén de exigencias de la legalidad positiva —arts. 23, 26 y 28 y con Ley de Régimen Jurídico en relación con los arts. 103 y 106 de la Constitución Española—, no pueden, sin embargo, llevarnos a imponer unas consecuencias en que amparándose en razones generales unido a una interpretación no correcta del artículo 36 de la Constitución Española, se desconoce el verdadero sentido de la norma fundamental, tal como incluso ha sido expresado por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas y lo también establecido —para aspectos parecidos pero básicos— por la Ley Orgánica 6/85 en los artículos 439 y número 2 del artículo 442, así como también aparece como no dudosa la constitucionalidad del artículo 6 y con la Ley de Colegios Profesionales, sin perjuicio de la necesidad sentida de una nueva regulación actualizada y plenamente acorde con los principios constitucionales —argumento, sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1986, etcétera—.

Por otra parte la Constitución Española remite a la Ley ordinaria la regulación de las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales, pero no los configura directamente como Corporaciones de Derecho público ni les atribuye funciones relativas al ejercicio de las profesiones, limitándose a señalar que su estructura y funcionamiento serán democráticos. Ahora bien, tal configuración puede hacerse por Ley y es precisamente la vigente Ley de Colegios Profesionales la que, en atención a la gran diversidad del mundo de las profesiones y a la naturaleza eminentemente deontológica de esta clase de cargas o deberes profesionales, remite o habilita su tratamiento concreto a la facultad autonormativa de cada profesión corporativamente organizada y en cuanto se respeten los límites obligados de sumisión al Ordenamiento Jurídico general y se acrediten como necesarias y regionalmente adecuadas para asegurar el cumplimiento de aquellos deberes primordiales de todo colegiado (comportamiento con lealtad en la competencia profesional, etc.).

QUINTO.—La norma deontológica de incompatibilidad combatida acordada por el Consejo Superior de Colegios Oficiales de Arquitectos, por su contenido supone entender al campo del ejercicio libre de la profesión la regla de la incompatibilidad por causa de intervención en el planteamiento urbanístico establecido por la Orden ministerial de 30 de julio de 1973 para los funcionarios técnicos de su plantilla. La norma preceptúa la prohibición de asumir proyectos de edificación o de planteamiento de iniciativa privada dentro del ámbito territorial de ordenación en que se haya intervenido, durante todo el período de duración y hasta dos años después de la aprobación definitiva o

desde el cese de la prestación de servicios, en su caso, la finalidad del precepto parece responder a la idea de rodear de una adecuada garantía de independencia y objetividad profesional al técnico que accede —aun como técnico privado, contratado, etc.—, al ejercicio de una actividad pública cual es la elaboración del planteamiento urbanístico, asumiendo indudablemente una posición de compromiso con el interés general y de potencial influencia directa en el posible conflicto entre éste y los intereses particulares afectados. La norma dicha fue acordada por el Consejo Superior en desarrollo o aplicación de las Normas Deontológicas de Actuación profesional de los Arquitectos —aprobadas por acuerdo de la Asamblea General de Juntas de Gobierno de 22 de noviembre de 1971, validez ratificada por las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero, 17 de abril de 1978, 5 de julio de 1979, 26 de marzo de 1980, 15 de febrero de 1982, etc.— al campo del urbanismo, dado que el artículo 25 de las mismas preceptúa que “ningún arquitecto podrá aceptar encargo o asumir cargo alguno en condiciones de incompatibilidad. Se entiende que existe situación de incompatibilidad, además de cuando legalmente esté establecida, cuando exista colisión de derechos e intereses que pueden colocar al arquitecto en una posición equívoca, implicando un riesgo para su rectitud e independencia...”. Y tal facultad fue ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.1 a) de la propia Ley de Colegios, en orden a ejercer las funciones propias de los Colegios “en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional”. En el presente caso el alcance nacional es indudable al no poderse justificar un trato distinto a los colegiados redactores de planteamientos en función de las distintas demarcaciones colegiales. Por otra parte la norma discutida no creó un criterio nuevo de incompatibilidad sino que se limitó a incorporar a la regla ya establecida positivamente por el Ministerio de la Vivienda (Obras Públicas y Urbanismo), esto es, que en su deseo de regular deontológicamente un importante campo de la actividad profesional de los arquitectos se limitó a incorporar al ordenamiento interno de la profesión el estándar de comportamiento fijado con carácter general por una instancia ministerial competente y ajena a la organización colegial sin introducir, además, innovaciones sustanciales. Tal exigencia de incompatibilidad debe cubrir también el campo del ejercicio profesional libre por razones de indentidad objetiva pues de no ser así existirá una sensible laguna que supondría una desigualdad de trato con los redactores del Plenamiento, dándose una menor garantía cuando éstos no pertenecen a los cuerpos de funcionarios y tratarse de profesionales libres (supuesto frecuente a través de la temática del contrato, etc.), concepción subjetiva rechazable en cuanto pugna abiertamente con el principio de objetividad que debe presidir, en todo caso, el ejercicio de la función pública sea quien sea el agente y forma de adscripción. En

este sentido se justifica el papel que corresponde a la deontología profesional como ordenamiento garantizador en aspectos que el Ordenamiento general todavía no ha llegado a tratar expresamente.» (Sentencia de 29 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Martín Martín. R.A. 1.503.)

3. *Decisión de Corporación local de asumir la gestión recaudadora del incremento de tarifa de saneamiento. Ley catalana 5/81, de 4 de junio, sobre evacuación, tratamiento y recuperación de las aguas residuales en Cataluña. Las competencias relativas al incremento de tarifas de abastecimiento de aguas corresponden a la Junta de Saneamiento que se crea.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Sentencia apelada)

«La entidad Junta de Saneamiento, organismo autónomo administrativo adscrito al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, de la Generalidad de Cataluña, cuestiona la legalidad del Acuerdo adoptado en 18 de abril de 1985, por la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Gerona, que desestimó el recurso de reposición deducido contra la Resolución de la misma Comisión, de 7 de marzo del mismo año, en relación con la gestión recaudadora del incremento de tarifa de saneamiento, por parte de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable, regulada a través de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1981, de 4 de junio; se interesa en la demanda articulada de declaración de nulidad de los aspectos recurridos.

Los datos a tener en cuenta para la decisión de la *litis*, pueden resumirse así: A) la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Gerona, en 7 de marzo de 1985 acordó, en esencia, sentar el criterio, en lo referente al sistema de saneamiento de Gerona, en relación con la citada Ley 5/1981, que la gestión recaudatoria queda bajo la dirección y tutela de dicho Ayuntamiento, en calidad de Administración actuante, en cuanto a las entidades concesionarias, por ostentar la Administración concedente (el Ayuntamiento de Gerona) la titularidad del servicio, estableciéndose así una relación Ayuntamiento-Junta de Saneamiento, a los efectos de su régimen económico-financiero, al tiempo se acordó requerir a dos empresas concesionarias, para que procedieran a practicar las liquidaciones del incremento de tarifas ante el Ayuntamiento de Gerona, con efectos retroactivos; B) la Junta de Saneamiento dedujo contra el auto anterior recurso de reposición, aduciendo, en resumen, vulneración de preceptos de la citada Ley Catalana 5/1981, el hecho de no haber sido delegada la función recaudatoria y el perjuicio que el acuerdo recurrido irrogaba a la

Generalidad; C) en 18 de abril de 1985 la Comisión Permanente de dicho Ayuntamiento desestimó el recurso de reposición, con base en que el ente municipal era el titular del servicio público, con independencia de la forma de gestión del mismo, y D) ya en la *litis* los contendientes abundan, en lo sustancial, en los mismos argumentos, en defensa de sus respectivas tesis, invocando la normativa que cada uno estima pertinente.

TERCERO.—Tras un detenido examen de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1981, de 4 de junio, en su conjunto, y especialmente, de sus artículos 4.1.a), 6.2, 11.3 y 16, se infiere claramente en que el incremento de tarifa que corresponde a la Generalidad (por tanto, se trata de fondos públicos de este organismo), se ha de percibir de las entidades suministradoras, cuando constituya un elemento de tarifa de consumo de agua, o directamente de los usuarios cuando el agua consumida sea de otra naturaleza, que una de las funciones de la Junta de Saneamiento, es, precisamente, la recaudación, administración, gestión y distribución de los recursos que dicha Ley les atribuye, que el referido incremento de tarifas lo han de percibir de los usuarios las instituciones y empresas administradoras, con la obligación de ingresarlo en la Generalidad o en la entidad en que aquélla delegue la recaudación, y, por último, que la gestión recaudatoria que corresponde a la Generalidad, puede asumirla directamente o delegarla, del modo que se indica en el citado artículo 16 de la mencionada Ley; por tanto, resulta patente que, sin desconocer que el servicio de abastecimiento de aguas es uno de los obligatorios para los Ayuntamientos, según normativa que resulta ocioso citar, una cosa es que tal servicio sea de competencia municipal y otra diferente que, a los efectos de la Ley Catalana 5/1981, pueda reputarse al Ayuntamiento como entidad suministradora de agua, sea cualquiera el vínculo que exista entre las empresas suministradoras y la Administración municipal, pues tanto el Ayuntamiento como dichas entidades suministradoras gozan de personalidad jurídica propia e independiente, sin que ello suponga menoscabo de las facultades o relaciones que existen entre el Ayuntamiento de Gerona y las empresas concesionarias del servicio de abastecimiento de agua, pero queda fuera del ámbito de tales facultades las establecidas en la mencionada Ley, que regula específicamente la manera de recaudar el incremento de tarifa que crea, siendo de notar, por otra parte, que la Generalidad no consta haya delegado la potestad de recaudar el incremento en el Ayuntamiento de Gerona. De todo lo cual se infiere necesariamente que el acto recurrido vulnera lo dispuesto en la citada Ley Catalana 5/1981 y, por ende, procede la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Tribunal Supremo)

En el escrito de alegaciones formulado por el Ayuntamiento de Gerona, en el recurso de apelación interpuesto por la referida Corporación municipal, se reiteran las aducidas ante el Tribunal *a quo* y que son ya debidamente rechazadas por los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida —aceptados en su integridad por esta Sala— en la que realiza una adecuada apreciación de la cuestión debatida y se aplican también rectamente los preceptos atinentes al caso del pleito, para llegar con acierto a la conclusión de que las resoluciones municipales impugnadas no son conformes a derecho, bastando con significar, al decidir el actual recurso de apelación, que —como se proclama en el tercero de los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada— con arreglo a lo dispuesto en la Ley Catalana 5/1981, de 4 de junio, sobre evacuación, tratamiento y recuperación de las aguas residuales en Cataluña, corresponde a la Junta de Saneamiento que se crea —Organismo de carácter administrativo adscrito al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña— “la recaudación, administración, gestión y distribución de los recursos que la presente Ley le atribuye” [artículo 4.1 apartado *a*)], entre los que se encuentra el incremento de la tarifa de abastecimiento de agua o canon independiente (sobre el coste de metro cúbico de agua consumida para usos domésticos o industriales), cuya gestión y rendimiento corresponde a la Generalidad, que lo ha de percibir: *a*) a través de las entidades suministradoras, cuando constituya un elemento de tarifa de consumo de agua, o *b*) directamente de los usuarios cuando el agua consumida sea de otra procedencia (art. 6.1 y 2), con la expresa obligación de las instituciones y empresas, tanto públicas como privadas, suministradoras de agua, de efectuar su ingreso en la Generalidad o en la entidad en que la misma delegue la recaudación (art. 11.3), lo que puede hacer incluso en las entidades locales afectadas (art. 16), sin que en el presente caso se haya efectuado la referida delegación en favor del Ayuntamiento de Gerona, el cual ha de estimarse en definitiva, carece legalmente de atribuciones, según pretende, para asumir, por decisión de la propia Corporación municipal, la gestión recaudadora del aludido incremento de tarifa de saneamiento.» (Sentencia de 10 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Gordillo García. R.A. 1.122.)

4. *Creación por Corporación local de un órgano descentralizado para la prestación de servicios sanitarios englobados y estructurando servicios que ya poseía la condición de municipales. Instituto Municipal de Asistencia Sanitaria de Barcelona. Trámites de creación. Suspensión de Acuerdos del Consejo de Administración.*

«Despejado el camino procesal de los óbices formales, el fondo del asunto controvertido, cuyo objeto quedó reflejado en el primer Fundamento de Derecho, se apoya sustancialmente en los tres motivos de impugnación, que a continuación se van a examinar: 1.º Infracción del artículo 40 de la Ley Especial del Ayuntamiento de Barcelona, promulgada por el Texto articulado del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, en cuanto se dice que no se ha seguido el procedimiento descrito por el párrafo 3.º de dicho artículo el cual se remite a la tramitación concerniente a los Servicios municipalizados, de los artículos 56 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. La finalidad pretendida por el aludido artículo era conseguir, además de la laboriosa tramitación, por medio de la Comisión especial determinada en el artículo 56 y siguientes del Reglamento de Servicios de Corporaciones locales, una tutela enderezada al control por el Ministerio de la Gobernación entonces, habida cuenta de la posible repercusión en los precios públicos y los artículos de primera necesidad, entre otras finalidades. Esta figura jurídica de la municipalización, no es la pretendida por la Administración demandada, porque no se ajusta a los supuestos contemplados en el artículo 46 del mencionado Reglamento de Servicios, ya que se trata de crear un Organismo descentralizado con personalidad propia estructurando los servicios sanitarios del Ayuntamiento, empleando la forma de gestión directa perfilada en el artículo 67 del repetido Reglamento, en consonancia con el artículo 85 del mismo Ordenamiento Jurídico, definidor de la llamada fundación del servicio, o Instituto de éste. Al ser esto así, los trámites concernientes a la municipalización carecen de sentido, y más todavía, en cuanto a la citada tutela de la Administración del Estado, suprimida hoy por el artículo 140 de la Constitución Española, proclamando la autonomía municipal. El desarrollo del artículo 40 de la Ley Especial del Ayuntamiento de Barcelona a que viene haciendo mérito; tiene su adecuada concreción en los artículos 77, 78 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Actividades de los Organos municipales, aprobado por Decreto 4096/1964, de 3 de diciembre, ordenamiento, éste último, que ha sido dejado sin efecto, en cuanto al procedimiento fiscalizador, intervención y tutela, por el actual Ministerio de Administración territorial sobre las Corporaciones locales, por virtud del Real

Decreto 1710/1979, de 16 de junio, el cual en su artículo 1.º, apartado 7.7 suprime la mentada tutela en la aprobación de los Estatutos de las Instituciones creadas por el Ayuntamiento de Barcelona, como entidades de derecho público, para la prestación de Servicios públicos (art. 78 del Reglamento citado). Por tanto, y en aras de lo que se viene razonando, debido a haberse realizado por el Ayuntamiento, un estudio pormenorizado, económico, Memoria e informes de diversa índole, no cabe dudar que se han cumplido esencialmente las formalidades legales al respecto, y por ello no puede encajar el supuesto controvertido, dentro de las figuras descritas en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y tampoco en las del artículo 48, porque a tenor de su párrafo segundo, el defecto de forma determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, finalidad que en el presente caso ha sido cumplida, según lo dispuesto en los preceptos contenidos por los artículos 67 y 85 antes citados del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

El segundo motivo de la impugnación, de los tres enunciados en el anterior Fundamento de Derecho, consiste en la configuración del Servicio creado, bajo el amparo del artículo 85 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones mencionado. Figura jurídica que no se da a juicio de los actores, sin esgrimir más argumentos que su mera negación, ni menos probar su alegación. El Servicio creado se ajusta al apartado c) de dicho artículo, el cual dice que el mismo podrá realizarse, cuando la naturaleza económica lo aconsejare, naturaleza de tal índole, que aparece suficientemente acreditada a través de los estudios económicos obrantes en el expediente, los cuales no han sido contradichos por probanza alguna al respecto, siendo indiferente al caso controvertido, que el Organismo debatido se llame Fundación pública o Instituto municipal, puesto que a este vocablo se refiere el artículo 88 del mismo Reglamento e incluso el 86. La terminología actual, según el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de las Bases de Régimen Local, hace desaparecer la tradicional expresión de "Fundaciones públicas del Servicio", adoptando la denominación más adecuada, aplicables a las entidades análogas correspondientes a la Administración del Estado. Pero como es lógico ello no empece a la validez y legalidad de la normativa que regía en el momento del acto administrativo discutido.

El tercer motivo impugnatorio, se basa en la ilegalidad, a juicio de los demandantes, de los artículos 21 y 28 de los Estatutos discutidos, aduciendo que, el primero de los mencionados, infringe el artículo 8.º de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, como es sabido regula la impugnación de los acuerdos de las Corporaciones locales, que infrinjan las Leyes y afecten directamente a materias de la competencia del Estado, legitimación de éste para su reclamación y procedimiento

a seguir. El citado artículo 21 de los Estatutos se refiere a la suspensión provisional por el Presidente del Instituto, respecto de los acuerdos del Consejo de Administración, en los tres casos que establece, ninguno de los cuales constituyen ilegalidad apreciable, con la intervención que el mencionado artículo establece por parte del Alcalde, sin que ninguna de estas facultades integren prevención alguna contraria a la legalidad, y desde luego sin que para nada afecten a las previsiones contempladas en el precepto antes transcrito de la Ley 40/1981, de 23 de octubre, la cual y en el concreto precepto del artículo 8.º, lo que hace es regularizar la facultad impugnatoria del Estado, con relación a los acuerdos de las Corporaciones locales, atemperándose al principio de su autonomía municipal proclamado por la Constitución Española y a que antes se ha hecho mérito.

Dentro del tercer motivo antes enunciado, está la reclamación contra lo dispuesto en el artículo 28 de los Estatutos reguladores del Instituto Municipal de Asistencia Sanitaria. Reclamación que formulan los actores, y que constituye sin ningún género de dudas el punto neurálgico del pleito, pues defienden, como es lógico, sus derechos como funcionarios de carrera con plaza en propiedad, exigiendo el respeto de los derechos anteriores que no pueden ser conculcados por la creación del nuevo Servicio municipal. Tales derechos vienen amparados indubitadamente por el artículo 369 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, proclamando el respeto a los derechos subjetivos, emanados de acuerdos declaratorios, y así no puede desconocerse la situación anterior de los actores, que el propio artículo 28 respeta al decir textualmente que se conservan, por tanto, todos los derechos activos y pasivos dimanantes de esta relación. Por ello ante esta clara determinación del propio artículo no pueden vulnerarse los que los demandantes tuvieron con anterioridad, porque en primer lugar así lo dice el artículo 28 repetido y lo propugna la Ley de Régimen Local en el precepto antes citado; y en segundo lugar porque así se viene a reconocer por el informe emitido el 15 de septiembre de 1983, en la pieza segunda del expediente, manifestando literalmente que no pueden conceptuarse como supernumerarios —se refiere a los funcionarios adscritos al Servicio discutido—, y sigue diciendo, sino como funcionarios en servicio activo, con igual situación que la que gozan actualmente. Informe que fue recogido en su esencia por el Decreto de la Alcaldía de 1 de diciembre de 1983, al decir, entre otras cosas, que estos funcionarios —los concernientes a la relación del anexo I—, conservan, por tanto, todos los derechos activos y pasivos, y como éste es un acto de reconocimiento de derechos subjetivos, emanado de la Autoridad municipal —el Alcalde—, aquí surge inevitablemente el amparo y acogimiento de lo dispuesto por el aludido artículo 269 de la Ley de

Régimen Local mencionada. Por tanto, al entrar en todo ello el bloque de la normativa concerniente a los funcionarios de carrera, como los demandantes, éstos se hallan protegidos, por todo el Ordenamiento jurídico amparador de sus derechos, que sólo mediante su consentimiento —el de los interesados—, puede alterarse; pero no por una decisión unilateral del Ayuntamiento, por otra parte, como se dice no declarada en contra de ellos, según lo que literalmente dice el artículo 28 discutido y el Decreto de la Alcaldía de 1 de diciembre de 1983, conservando todos los derechos activos y pasivos de los mismos. Por ello no puede tener lugar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 41.1.a) del Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3064/1977, de 6 de octubre, que declara en situación de supernumerarios a los funcionarios que estén adscritos a servicios gestionados mediante órganos de personalidad jurídica propia o gestionados con órgano especial, porque este precepto manifiesta a renglón seguido que tal situación se hará, siempre que no corresponda otra, en virtud del precepto específico de esta Ley, en cuyo supuesto entra de lleno la disposición antes repetida y que es necesario insistir del artículo 369 de la Ley de Régimen Local, que constituye el marco de encaje y encuadramiento de los actores por virtud de su situación anterior acorde con la Ley, que el propio artículo 28 respeta y el Decreto de la Alcaldía tan repetido de 1 de diciembre de 1983 también así lo hace.

Que el artículo 40.3 de la Ley Especial del Municipio de Barcelona que señala infringido por los demandantes, no es aplicable al supuesto de estas actuaciones, porque como se predica en la sentencia apelada, el Instituto Municipal que se creó por el Acuerdo impugnado no se propone ninguna actividad económica, mercantil o industrial que es la contemplada en el artículo 42 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales; la pretensión administrativa de la creación del Instituto, se había cifrado en la fundación y establecimiento de un órgano descentralizado para la prestación de servicios sanitarios, englobando y estructurando servicios que ya poseían la condición de municipales.

Que tampoco se vulnera ningún principio de legalidad, facultando al Presidente, al Alcalde o al Gobernador Civil, supletoriamente, para suspender los acuerdos del Consejo de Administración, porque esta facultad establecida para motivos tasados, no se corresponde con las previsiones del artículo 8 de la Ley 40/1981 de 28 de octubre, que previene acuerdos de las Corporaciones locales que pudieran constituir infracciones legislativas y afectaran a competencias del Estado; como asimismo, tampoco el artículo 28 de sus Estatutos infringe el ordenamiento jurídico aplicable a los funcionarios de carrera con plazas en propiedad, porque reconoce y respeta la situación de los adscritos al Instituto, al disponer la conservación de

todos sus derechos activos y pasivos, cumpliendo así escrupulosamente las prescripciones del artículo 369 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955.» (Sentencia de 14 de marzo de 1988, Sala Cuarta. Ruiz Pérez. R.A. 2.162.)

III. HACIENDAS LOCALES

1. *Contribución Territorial Urbana. Modificación de bonificaciones a Viviendas de Protección Oficial por norma posterior a la vigente en el momento de su concesión. El derecho a una bonificación o exención tributaria no puede ser calificado como derecho subjetivo pleno, ni cabe hablar en consecuencia de derecho adquirido. Alcance de la reserva de ley en materia fiscal*

La *questio iuris* de esta causa, conforme se expresa en la cuarta de las alegaciones, es si el Real Decreto-Ley 11/1979 en su disposición transitoria 2.^a b), al transformar la bonificación del 90 por 100 en el 50 por 100 y derogar con ello el artículo 47 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 y el número 6 del artículo 12 de la Ley reguladora de la Contribución Territorial Urbana de 12 de mayo de 1966, podía o no afectar a los derechos reconocidos antes de 1 de enero de 1980 por la legislación vigente en aquella fecha y por las calificaciones definitivas.

Las alegaciones de la parte apelante no consiguen desvirtuar los atinados y profundos fundamentos de la sentencia de primera instancia, que asumimos, y a mayor abundamiento conviene hacer en base a las sentencias del Tribunal Constitucional 6 y 41 de 1983, de 4 de febrero y 18 de mayo, respectivamente, y del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1984, 4 de marzo de 1985, 4 de febrero, 30 de abril y 14 de mayo de 1987, entre otras, las siguientes precisiones: a) El derecho a una exención o bonificación tributaria es un elemento en la relación obligacional no integrable en el patrimonio del sujeto pasivo del tributo y, por tanto, no puede ser clasificado como derecho subjetivo en sentido pleno, ni cabe hablar en consecuencia de «derecho adquirido», al tener su origen en una situación de privilegio contraria al principio de igualdad, por lo que en el caso examinado es totalmente infundada la eventual idea de una violación del artículo 33 de la Constitución; b) No resulta viable consagrar un estatuto fiscal intangible, cuyo soporte y función se encuadra en el marco de la política económica siempre conyuntural, pues desde una perspectiva jurídica las exenciones, bonificaciones o reducciones de los tributos constituyen modalidad de la actividad administrativa de fomento, que implica una ayuda directa al beneficiario, en la misma medida en que se dejan de percibir total o parcialmente determinados impuestos, y

por ello el disfrute de un beneficio, que quiebra el equilibrio de la justicia distributiva inherente al reparto de las cargas tributarias (art. 31 de la Constitución), es un derecho debilitado por su propia naturaleza, intrínseca del que no cabe predicar una inderogabilidad que iría contra el sistema general de vigencia de las normas regulado en el artículo 2 del Código Civil; c) En el sistema constitucional no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y la reserva de Ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones o su reducción a las de las bonificaciones, porque estos últimos no constituye alteración de elementos esenciales del tributo, y por ello la materia contenida en el Real Decreto-Ley 11/1979 es de la que pueden ser objeto de regulación por Decreto-Ley sin violar los estrictos límites genéricos contemplados en el artículo 86 de la Constitución; d) La Disposición transitoria 2.^a b) del Real Decreto-Ley 11/1979 no tiene una eficacia retroactiva de carácter pleno sobre derechos o situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor, ya que regula, en materia de vivienda de protección oficial, los efectos de las situaciones tributarias que se producen con posterioridad a 1 de enero de 1980, es decir, para hechos futuros y períodos impositivos por venir, sin afectar a situaciones consolidadas o incluso agotadas en su entrada en vigor; e) El principio de irretroactividad de las leyes proclamado en el artículo 9.^o de la Constitución no se refiere a las normas tributarias, pues concierne sólo a las sancionadoras no favorables y las restrictivas de derechos individuales, entendiéndose que el concepto de derechos individuales no puede confundirse con el *ius quaesitum*; f) El artículo 164 de la Constitución proclama imperativamente el valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional y que tiene plenos efectos frente a todas en las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, lo que se reitera en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica y del Poder Judicial, y en el 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en las sentencias citadas de este Tribunal se ha reconocido expresamente la constitucionalidad de la Disposición Transitoria 2.^a b) del Real Decreto-Ley 11/1979, de 20 de julio, por lo que no cabe nuevo planteamiento de inconstitucionalidad. (Sentencia de 4 de marzo de 1988. Sala Tercera. Fernández Santamaría. R.A. 1.644.)

2. *Tasa Municipal de Alcantarillado. Exención en la exoneración fiscal aplicable a CAMPSA. Factoría que pertenece al Patrimonio del Estado pero que es utilizada por CAMPSA. Bienes del Estado adscritos a un servicio público. Cuota de liquidación que excede del coste real o potencial atribuible*

La parte apelante apoya su impugnación en primer lugar en que en la sentencia apelada ha infringido el principio de congruencia que consagra, entre otros, el artículo 80 *in fine* de la Ley Jurisdiccional, al no resolverse en ella más que sobre una de las pretensiones o pedimentos de la demanda, pues es evidente que la sentencia de primera instancia sólo examina la petición referente a la exención subjetiva de la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos (CAMPSA), pero dejando de examinar los otros dos pedimentos subsidiarios de exención objetiva de los bienes e improcedencia de la liquidación, ya que su cuantía excede del coste del efectivo servicio de alcantarillado que recibe la instalación gravada con la tasa. Cuestiones éstas que han de ser estudiadas ahora, a fin de subsanar por razones de economía procesal la referida omisión.

En cuanto al fundamento de derecho que la parte apelante sostuvo en la demanda, y ahora reitera, basando su pretensión en la exoneración fiscal específicamente aplicable a CAMPSA en lo que atañe a las exacciones de ámbito local, no consigue desvirtuar los atinados razonamientos de la sentencia de primera instancia, que aceptamos, aunque convenga destacar lo siguiente: en ninguna normativa específica de las exenciones fiscales establecidas a favor de CAMPSA ni en las que determinan los ingresos de las Corporaciones locales se establece cobertura legal de un trato fiscal privilegiado de esa Compañía en la exacción municipal, lo que resulta más inviable aún desde la publicación del Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, por el que se ponen en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975 y se dictan normas para su aplicación, pues en dicho Decreto se configuran las tasas como contribución de un servicio que obliga a valorar las exenciones con un criterio restrictivo, haciendo desaparecer en materia de tasas la existencia de beneficio tributario alguno, artículo 9.2, salvo lo mencionado en el párrafo 1.º de dicho precepto, rigiendo en esta materia el principio de reserva de Ley, ya recogido en el artículo 10 de la Ley General Tributaria de 1963, muy especialmente en los artículos 9 y 31 de la Constitución, tal como se reconoce en nuestras sentencias de 17 de junio de 1981 y 20 de diciembre de 1983.

En cuanto a la alegada procedencia de aplicar en el presente caso de exención objetiva que reconoce la Ordenanza en su artículo 5.1 en favor de los bienes del Estado que estén adscritos al servicio público dada la titularidad del Estado respecto de la factoría objeto de la

liquidación, ha de rechazarse por las siguientes razones: el Decreto 3250/1976, contiene en el artículo 19.19 el servicio de alcantarillado, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares, entre las tasas por prestación de servicios y realización de actividades, y en su artículo 10 determina que son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas «usuarias» de los bienes o instalaciones y que «resulten beneficiarios o afectados» por los servicios o actividades municipales, y por ello la Ordenanza del Ayuntamiento de Valladolid establece que será objeto de esta exacción —«la utilización del alcantarillado municipal y la prestación del servicio de vigilancia de alcantarillas particulares»—, es decir, que las tasas se imponen a quienes resulten beneficiados efectivamente por el servicio; y en el caso examinado procede distinguir entre propiedad y posesión, ya que la factoría pertenece al Patrimonio del Estado, pero es utilizado por CAMPSA, administradora de tal actividad monopolizada y de los bienes adscritos a ella, y esta Compañía tiene personalidad jurídica propia y no aparece incluida en el catálogo de las exenciones subjetivas que ofrece el Real Decreto 3250/1976 y la Ordenanza citada; por otra parte, como se dice en la sentencia de esta Sala de 3 de abril de 1986 tampoco puede ser extendida a CAMPSA la exención que corresponde al Estado, pues debe ser aplicada en su significado estricto, sin que pueda alcanzar en ningún caso a la llamada Administración institucional o indirecta.

También procede rechazar la pretensión de la parte apelante basada en la improcedencia de la liquidación practicada por exceder la cuota resultante de la misma del coste real o potencial atribuible al servicio público que se atribuye, y ello por las siguientes razones: la liquidación impugnada no es desproporcionada en su cuantía ni vulnera el principio de justicia tributaria, porque de la nota de la Intervención del Ayuntamiento de Valladolid queda demostrado que el presupuesto de ingresos por tasa de alcantarillado en 1983 es de 130.000.000 de pesetas y que los costes del servicio prestado por el Ayuntamiento, según señala el artículo 21 del Real Decreto 3250/1976, es de 132.133.955 pesetas, y, por otra parte, una cosa es la liquidación individual practicada en concepto de tasa del alcantarillado, y otra la cantidad de los valores liquidados por recibo más liquidaciones individuales. (Sentencia de 26 de febrero de 1988. Sala Tercera. Fernández Santamaría. R.A. 1.031.)

3. *Bonificación de las tasas de licencia de construcción con motivo de la edificación de 12 viviendas de protección oficial. Aplicabilidad en Navarra. Vacío legal existente entre el Reglamento de Haciendas Locales de Navarra de 1981 y las Leyes de Presupuestos Generales de Navarra de 1984 y 1985 que la contemplan*

El fallo apelado estimó el recurso y declaró el derecho de la sociedad hoy apelada a la bonificación del 90 por 100 de las tasas de licencia de construcción y de acometida del alcantarillado, para un edificio acogido a los beneficios de las viviendas de protección oficial, a la devolución del importe de tales bonificaciones y a los intereses legales de tal cantidad desde el 24 de marzo de 1983 hasta su reintegro; y la Corporación municipal de Pamplona, hoy única apelante, suplica su revocación y la confirmación de las liquidaciones (y del acuerdo del Tribunal Administrativo de Navarra que ya las había confirmado) como ajustadas a Derecho.

Respecto de las tasas por licencia de construcción, no se discute su vigencia genérica, sino su aplicabilidad en Navarra desde el 1 de enero de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1983. La niega la parte apelante porque el Reglamento de las Haciendas locales de Navarra, en su artículo 212, dispuso que toda bonificación de la imposición municipal «habrá de estar prevista en una Norma emanada del Parlamento Foral de Navarra, o establecida en el presente Reglamento», y ni éste, ni ninguna Norma del Parlamento preveían ni establecían la bonificación de que se trata, por lo que desde que dicho Reglamento entró en vigor (el 1-1-1982) hasta que (el 1-1-1984) entró en vigor la Ley de Presupuestos de 31 de diciembre de 1983 cuyo artículo 31.2 decía que «a falta de disposición foral reguladora de las bonificaciones relativas a una determinada exacción, se aplicará con respecto a ellas las que están establecidas en las disposiciones generales vigentes en el resto del Estado», aquella bonificación no podía ser aplicada, y por ello no puede serlo en el caso presente, pues su aplicación se solicitó en 1983.

Sentencias como las de 12 de mayo de 1986 y 30 de septiembre de 1987 han declarado que la posible antinomia entre el citado artículo 212 del Reglamento de Haciendas Forales de Navarra y la legislación general del Estado en materia de protección oficial ha de resolverse en favor de esta última, entre otras razones porque la legislación foral navarra ha dado continuadas muestras de entender procedente la aplicación en Navarra de la bonificación del 90 por 100 que la general del Estado establece; y esta Sala ha de ratificarse hoy en tal declaración, en aras del principio de unidad de doctrina, manifestación, a su vez, del de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución; lo que no significa, en absoluto, desconocer la autonomía normativa y fiscal que para Navarra, y para

las Comunidades Autónomas, deriva del sistema resultante de los artículos 137, 152, 156 y 157 de la Constitución, y de los Estatutos y Leyes Orgánicas dictadas en virtud de lo dispuesto en los dos últimos preceptos citados y de la doctrina del Tribunal Constitucional que ha interpretado unos y otras. Dicha autonomía se reconoce; pero respecto de los beneficios fiscales de que se trata, esta Sala entiende que la propia legislación foral navarra, al declarar que a falta de un específico precepto foral que los establezca serán de aplicación los que resulten establecidos por la legislación general del Estado, está (interpretando auténticamente sus propias normas) aclarando que la falta de precepto foral que regulase tales beneficios no significó jamás (para la propia legislación navarra) que fuera improcedente la aplicación de beneficio alguno, sino (por el contrario) que seguían aplicándose los establecidos en la legislación general del Estado, y que en este sentido (y no en el contrario) deben ser interpretados preceptos como el artículo 31.2 de la Ley de Presupuestos de 31 de diciembre de 1983 y el 45 de la Ley de Presupuestos para 1985; y por todo ello procede confirmar, en este punto, la sentencia apelada. (Sentencia de 20 de febrero de 1988. Sala Tercera Ortolá Navarro. R.A. 928.)

4. *Sujeción al impuesto de radicación. Titular de actividad empresarial que lo es también de una concesión administrativa de servicio público. La concesión demanial, de servicio o mixta no duplica la incorporación del concesionario al esquema orgánico de la Administración.*

La parte apelante reitera los argumentos sostenidos en primera instancia, que en síntesis son: no hay sujeción al impuesto de radicación cuando se trata de concesión administrativa de servicio público, cuyo servicio corresponde a la Administración municipal concedentes, siendo el concesionario «un servidor de la posesión», pues la utilización de los aparcamientos de automóviles ha de configurarse en este caso como «uso común» que corresponde por igual a todos los ciudadanos, no es un «uso privativo» del concesionario, ya que el titular del uso común no es el concesionario, sino el usuario, por ello el concesionario sólo ostenta la titularidad de una concesión de servicio público cuyo uso y explotación se opera en beneficio de tercero, no teniendo la cualidad de sujeto pasivo tributario, cual se ha reconocido en cuanto a la Contribución Territorial Urbana en sentencia de esta Sala de 20 de julio y 5 de noviembre de 1983.

Que estas alegaciones de la parte apelante no desvirtúan los atinados fundamentos de la sentencia apelada, *cuyos considerandos*

aceptamos, que justifican su confirmación, aunque convenga, además, resaltar lo siguiente: *a)* la cuestión debatida ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 22 y 29 de septiembre, 20 de octubre y 27 de diciembre de 1986, entre otras, sentando la doctrina de que la circunstancia de que el bien sea de dominio público o de que el titular de la actividad empresarial lo sea también de una concesión, carece de trascendencia para el impuesto de radicación a diferencia de cuanto ocurre con la Contribución Urbana; la concesión demanial, de servicio o mixto, no implica la incorporación del concesionario al esquema orgánico de la Administración, lo cual le convertiría en un funcionario, antes al contrario, parte de la óptica opuesta y consiste tan sólo en la colaboración funcional de un particular, que sigue siendo y que además asume el eventual riesgo empresarial; *b)* en el caso examinado se produce la concurrencia de los dos elementos de que, según lo establecido en el artículo 60 de Real Decreto 3250/1976, consta el impuesto de radicación: el «objetivo», consistente en locales de cualquier naturaleza sitos en el término municipal, y el subjetivo, derivado de la utilización del elemento objetivo para fines industriales o comerciales; *c)* por otro lado, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha reconocido en todo momento la estructura contractual de la concesión, cuya naturaleza administrativa no impide el sometimiento a los principios generales que sirvió de base para tomar parte en la licitación convocada por el Ayuntamiento, y que fue adjudicada a la recurrente, dice que «el adjudicatario vendrá obligado al pago de todos los impuestos, tasas, arbitrios, gravámenes y exacciones de cualquier clase que corresponden al contrato o a sus bienes o actividades, sin que el Ayuntamiento pueda concederle exención alguna por los de carácter municipal.» (Sentencia de 5 de febrero de 1988. Sala Tercera. Fernández Santamaría. R.A. 723.)

5. *Plusvalía. Edificio incluido en expediente para declaración de Conjunto Histórico-Artístico. Inaplicación del impuesto al no producirse incremento de valor*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Formulada declaración a los efectos del arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos en la que se hacía constar la transmisión por donación, documentada en escritura notarial de 8 de julio de 1982, de la nuda propiedad de las puertas 4.^a y 5.^a del inmueble situado en la Plaza de Alfonso el Magnánimo número 1 de la ciudad de Valencia, y que el transmitente había adquirido los bienes donados por compraventa celebrada el 4 de julio de 1944, por el Ayuntamiento de Valencia; con fecha 31 de diciembre de 1982 se practicó la liquidación número 14.213/82 por importe de 683.621

pesetas en la que figura se tuvo en cuenta como valor inicial el correspondiente al año 1952 y como valor final el correspondiente al año 1982; liquidación que ha sido anulada por resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Valencia por entender, en síntesis, que por encontrarse la referida finca dentro del expediente incoado por la Dirección del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos del Ministerio de Cultura de 22 de febrero de 1978, de declaración de conjunto histórico-artístico de varias zonas de Valencia, a partir de tal fecha el terreno sobre el que se encontraban los bienes transmitidos no habían experimentado aumento de valor, dadas las limitaciones que al Derecho de propiedad establecen los artículos 14 a 36 de la Ley de 13 de mayo de 1933, que implican la congelación económica del valor del inmueble, cuyos efectos se producen desde el momento de la incoación del expediente, según establece el artículo 17 de la misma Ley, momento, igualmente, al que habrán de entenderse referidos los efectos de presunción de inexistencia de base imponible, por falta de producción de incremento del valor de los terrenos que se hallen contruidos con edificios calificados formalmente como históricos-artísticos y ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento grave la plusvalía producida hasta la fecha en que se dictó la mencionada resolución de la Dirección General del Patrimonio Artístico, determinando el período impositivo con estricta sujeción a las Normas aprobadas por el Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre. Resolución esta, del Tribunal Económico Administrativo, que ha sido confirmada por la sentencia apelada, cuya revocación interesa al Ayuntamiento de Valencia, con la consiguiente anulación de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo y confirmación de la liquidación originariamente impugnada, alegando como fundamento de tal pretensión: a) Que los edificios incluidos en las zonas o conjuntos histórico-artístico no estén exentos de Impuesto de Plusvalía, pues las limitaciones en el dominio de tales edificios no impiden la producción de incremento de su valor, y b) Que la regla III de la Ordenanza, al disponer textualmente que «los terrenos que estén contruidos con edificios calificados formalmente como histórico-artísticos se entenderá que no experimentan incremento de valor mientras subsistan las indicadas edificación y calificación», exige que se haya producido una declaración formal de edificio histórico-artístico, siendo la exención aplicable únicamente a los edificios concretos que hayan obtenido tal calificación, sin que la exención pueda extenderse a los demás edificios de la zona ni a los supuestos de que el expediente correspondiente se hallase simplemente iniciado sin haber recaído todavía calificación formal, pues lo contrario supondría una ampliación analógica y extensiva de la referida regla III que es opuesta a lo determinado por el artículo 24 de la Ley General Tributaria (R. 1.963, 2.490 y N. Dicc. 15.243).

Segundo.—En la resolución de la cuestión así planteada es preciso, en primer lugar, poner de relieve que ni la resolución del Tribunal Económico-Administrativo, ni la sentencia de instancia, declara en ningún momento que el terreno de autos esté exento del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, pues la base y fundamento de declaración de nulidad de la liquidación ha sido que en aquel terreno está construido un edificio y que estando tal edificio incluido dentro del expediente incoado por resolución de la Dirección General del Patrimonio Artístico de 22 de febrero de 1978 para la declaración de Conjunto Histórico-Artístico de la zona en que está ubicado, a partir de tal fecha el terreno no ha experimentado aumento de valor, dadas las limitaciones que al Derecho de propiedad establecen los artículos 14 a 36 de la Ley de 13 de mayo de 1933, que implican la congelación económica del valor del inmueble. Efectivamente, tal afirmación debe reputarse correcta, pues el artículo 33 de la Ley de 13 de mayo de 1933, denominada de *defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico*, y también *Ley del Tesoro Artístico Nacional*, vigente cuando se practicó la liquidación, declara que todas las prescripciones que la misma contiene respecto de los Monumentos Histórico-Artísticos son aplicables a los conjuntos urbanos que, por su belleza, importancia monumental o recursos históricos, puedan declararse incluidos en la categoría de Conjuntos Histórico-Artísticos, y, en lógica correlación, los edificios integrantes de los Conjuntos Histórico-Artísticos, a partir de la incoación del expediente, no podrán derribarse, ni realizarse en los mismos obra alguna de reparación, reforma o modificación sin autorización de la Dirección General de Bellas Artes —arts. 17 de dicha Ley y 21 de su Reglamento, de 16 de abril de 1936— que puede, bien obligar a los propietarios o poseedores de tales edificios a realizar las obras de consolidación o conservación necesarias, bajo sus expensas y con arreglo a los criterios que fije concediéndoles a tal efecto un auxilio, adelanto o anticipo reintegrable con la garantía del propio edificio, o bien incoar expediente de expropiación (arts. 23 y 24 de la Ley y 22 y 23 del Reglamento). Y tales limitaciones hacen que el terreno sobre el que están construidos tales edificios, mientras subsistan las mismas, ha de reputarse que no aumentan de valor, y constituyendo el objeto del impuesto el incremento del valor que el terreno haya experimentado durante el período de imposición (art. 87 del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, a la sazón vigente), la falta de incremento durante un período determinado deba traer como lógica consecuencia la imposibilidad de practicarse liquidación por este Impuesto Municipal durante este período. Razones éstas que, sin duda, son el fundamento de la Regla III de la Ordenanza. Mas, aunque ésta se refiera solamente a los terrenos construidos con edificios calificados formalmente como histórico-artísticos, ello no es

obstáculo a los razonamientos expuesto, pues es evidente que aunque no existiere tal regla en la Ordenanza, habría que llegar a la misma consecuencia, pues, insistimos, es la falta de incremento del valor del terreno, lo recoja o no la Ordenanza, la que determina la imposibilidad de someter a tributación, por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, el terreno en el que no se ha producido un aumento de valor. (Sentencia de 29 de enero de 1988. Sala Tercera. Madrigal García. R.A. 168.)

IV. PERSONAL

1. *Funcionario de la Administración Local en situación de excedencia voluntaria. Convocatoria para cubrir la plaza en propiedad. No se puede considerar que tal acuerdo vulnere el derecho del recurrente a ocupar la plaza para cuya provisión se convocó la oposición libre.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Sentencia apelada)

La normativa reguladora de las situaciones de los funcionarios, por lo que al ámbito local respecta, se encuentra recogida, además de en la Ley de Bases de 2 de abril de 1985, en el Real Decreto 3046/1977 —que remite a la Ley de Funcionarios del Estado, en esta materia— y por el Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales de 1952; pues bien, en ambos textos se precisa que: la situación de excedencia voluntaria durará como mínimo un año (art. 47 de la Ley de Funcionarios y 63.1 del Reglamento). Y, si bien, la intención del recurrente era —según se desprende de su solicitud— permanecer excedente durante todo el tiempo que durase la tramitación y aprobación del Plan General, la Corporación no tenía la certeza absoluta de que, una vez cumplido el año de excedencia voluntaria éste se reincorporaría a su puesto de trabajo.

Ante la realidad descrita se comprende que el Ayuntamiento de Toledo tuviera necesidad de contar con los servicios técnicos de un Arquitecto, es más, el momento requería con urgencia la posibilidad de contar con un profesional en dicha área, pues se estaba trabajando, nuevamente, en la redacción del Plan General de Ordenación. No se puede admitir, en consecuencia, que al recurrente se le haya privado del derecho al cargo, su invocación del artículo 79 del Reglamento de Funcionarios no es adecuada para definir su situación, en dicho precepto se garantiza a todo funcionario el derecho a no ser privado de su empleo en propiedad sino por las causas y con las garantías legales; pero, en el presente caso, se trata

de una situación de excedencia voluntaria, cuyo derecho se establece en el artículo 63.1, concretamente; transcurrido un año, solicitar la reincorporación al servicio activo con derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en su categoría.

La decisión del Ayuntamiento de Toledo de cubrir, primero interinamente, y después, de convocar la provisión en propiedad de la plaza de arquitecto municipal, no parece que sea contraria a los intereses generales o, dicho de otra forma, de lo actuado, no se aprecia que dicha convocatoria tuviera como finalidad perjudicar o desconocer las expectativas profesionales del recurrente; antes al contrario, las razones de convocar pruebas para adjudicar la plaza en propiedad parecen apoyarse en la realidad concreta de los intereses municipales, tal y como en aquel momento se manifestaban. La convocatoria de 16 de septiembre de 1982 es posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.2 del Reglamento de Funcionarios: «Los funcionarios de Cuerpos Nacionales, o titulares de cargo único dentro de la Corporación, podrán ocupar automáticamente al reincorporarse la misma vacante que dejaron, siempre que la provisión de la misma no esté anunciada con anterioridad a la fecha en que formalicen su petición de vuelta al servicio». No puede entenderse que el comportamiento de la Administración se califique como incurso en desviación de poder, pues, con los máximos respetos para el recurrente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción, ésta requiere que se utilicen potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento. En el presente caso, el actor no podría esgrimir, frente a la Corporación, un derecho incondicionado a reintegrarse, siempre y en todo caso, una vez transcurrido el año de excedencia voluntaria, pues de lo contrario, la potestad organizatoria de la Administración, rectamente entendida, quedaría supeditada a los intereses personales de sus funcionarios.

Tampoco se aprecia igualmente fraude de Ley, la Administración no provoca la excedencia del actor, se limita a dar respuesta a una previa petición y, después, ante la necesidad de contar con los servicios técnicos de un arquitecto municipal, a resolver el problema de la forma más acorde a los intereses públicos. Incluso y como muestra evidente de lo razonado, el Ayuntamiento acordó el 10 de febrero de 1983 archivar las diligencias incoadas para depurar presuntas responsabilidades. Por todo ello procede desestimar el presente recurso previa declaración de la conformidad de los acuerdos recurridos con el Ordenamiento jurídico.

Por último, y si bien el objeto propio del recurso se circunscribe al acuerdo por el que se convocan pruebas para cubrir, en propiedad la plaza de arquitecto municipal, no se le oculta a la Sala la posibilidad de que dicha plaza haya sido ya adjudicada, por lo que procede notificar esta resolución al arquitecto titular del Ayuntamiento de

Toledo para que, ante un eventual recurso, pueda comparecer y formular alegaciones, todo ello en defensa del artículo 24 de la Constitución que garantiza la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, el cual, ha sido objeto de una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre cuyas resoluciones más recientes pueden citarse la sentencia de 20 de diciembre de 1985. Opta la Sala por esta solución pues, entiende que con tal medida está suficientemente garantizada la audiencia de un potencial interesado, de lo contrario, deberían anularse las actuaciones de este proceso, en contra de lo que aconseja la economía procesal, para oír a un teórico interesado que, en base al contenido de esta resolución, es favorecido por la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

(Tribunal Supremo)

Las cuestiones planteadas en este proceso, consecuentes a la pretensión de nulidad del Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Toledo de 16 de septiembre de 1982 convocando una oposición para cubrir una plaza en propiedad de arquitecto municipal y el de 25 de noviembre de 1982 por el que se rechazó el recurso de reposición formulado contra el anterior, fueron resueltas acertadamente por la sentencia recurrida cuyos fundamentos no han sido desvirtuados por las alegaciones de la apelante en esta instancia y a cuyo efecto procede hacer las siguientes consideraciones: 1.^a) La causa o razón alegada por el recurrente como fundamento de su pretensión, que trasciende explícita e implícitamente en todas sus alegaciones, la de que los acuerdos impugnados vulneran su derecho a ocupar la plaza de arquitecto para cuya provisión se convocó la oposición libre objeto de la decisión municipal carece de virtualidad y es incompatible con la situación en que se encontraba de excedencia voluntaria a tenor de la solicitud hecha a la Corporación por escrito de 22 de febrero de 1982 y declarada por el Acuerdo municipal del 25 del mismo mes y año, en la que, de conformidad con el artículo 45 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que por error mecanográfico se cita en la sentencia apelada como artículo 47, y el 63.1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952, debía permanecer un mínimo de un año y, por consiguiente, cuando se produjo la convocatoria no podía reingresar en su cargo de arquitecto municipal y en base a ello pretende la nulidad de la convocatoria; 2.^a) La situación de excedencia voluntaria del actor acorde con la solicitud referida en el apartado anterior y el Acuerdo municipal del 25 de febrero de 1982, que devino firme al no ser impugnado por el demandante, facultaba a la Corporación a la

convocatoria de una oposición libre al estar vacante dicha plaza, por lo que no puede aducirse ni fraude de ley ni desviación de poder por dimanar el acuerdo de convocatoria de una necesidad creada por una vacante originada por voluntad del recurrente, que en su escrito solicitando la «excedencia» hizo constar que ésta se pedía «como funcionario municipal y director del equipo de redacción, mientras dure todo el largo trámite de información, debate y aprobación definitiva de la ordenación proyectada (se refiere a la revisión y adaptación del Plan General de Ordenación de Toledo) como expresión de que el gran esfuerzo de pensamiento y trabajo desarrollado ha estado fundamentado únicamente por criterios urbanísticos y en el bien de la ciudad de Toledo»; petición de una excedencia temporal indeterminada en su duración no prevista en la Ley, ni en el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local que podía ser interpretada como solicitud de un permiso para asuntos propios de una duración máxima de seis meses, artículo 48 del citado Reglamento, según se precisa en el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento de Toledo, folio 5 del expediente, o de excedencia voluntaria como hizo la Corporación por un acuerdo consentido que adquirió firmeza, en virtud del cual no podía el demandante pedir el reingreso hasta transcurrido un año a partir de la concesión de excedencia y no impedía a la Corporación convocar la provisión de la vacante a la que no podía optar el recurrente en tanto permaneciera en situación de excedencia voluntaria; 3.^a) No puede objetarse una desviación de poder toda vez que el origen de la situación administrativa del recurrente causa de la convocatoria es atribuible a su voluntad, quedando evidenciada además, la necesidad de proveer la plaza de arquitecto, ya que, según el propio recurrente, el plan elaborado por él fue marginado y sustituido por otro lo que requería la intervención de un arquitecto, sin que en este proceso puedan contemplarse y dilucidarse las cuestiones que pudieran derivarse de los trabajos realizados en relación con la revisión y adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Toledo. (Sentencia de 22 de marzo de 1988. Sala Cuarta. García Estartús. R.A. 2.272.)

2. *Equiparación retributiva de los funcionarios de la Administración local y la Administración civil del Estado. Competencias para fijar la cuantía de dichas retribuciones.*

El Decreto-Ley 27 de julio de 1973 dispone la adopción con carácter provisional, hasta que se promulgase el texto articulado de la Ley de 5 de diciembre de 1968, de las medidas necesarias para la inmediata acomodación del régimen y retribuciones de los funcionarios locales a los vigentes para los funcionarios civiles del Estado, desarrollado, entre otras normas, por el Decreto de 17 de agosto de

1973, los tres Decretos de 21 de marzo de 1975 y los de 6 de octubre y 1 de diciembre de 1977.

El artículo 149.1.18.º de la Constitución a cuyo contenido hace referencia el artículo 10.4 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y régimen estatutario de sus funcionarios, que habrán de garantizar a los administrados un tratamiento común ante ellos, de acuerdo con cuyo criterio la Ley 40/1981, de 28 de octubre, vigente cuando se adoptaron los acuerdos municipales objeto de impugnación, dispuso en su artículo 10.1 que las retribuciones de los funcionarios de Administración local tendrán la misma estructura que en la Administración civil del Estado, en el 10.2 que las cuantías de las retribuciones básicas serán las mismas que las establecidas para los funcionarios de la Administración civil del Estado y en el 10.3 que corresponderá a cada Corporación la aplicación de las retribuciones complementarias dentro de los límites máximos y mínimos que se fijen por la Administración del Estado.

Con posterioridad, esta equiparación retributiva entre los funcionarios de la Administración local y los del Estado se mantuvo en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, en cuyos artículos 23 y 24, que su artículo 1.3 considera básicas del régimen estatutario de los funcionarios públicos y amparados por el artículo 149.1.18.º de la Constitución, se regula, respectivamente, los conceptos retributivos y su cuantía, que habrán de ser iguales en todas las Administraciones públicas y que para cada ejercicio deberán consignarse en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, equiparación que se reitera en el artículo 93 de la Ley de 2 de abril de 1985, que reguló las Bases del Régimen Local, y en el 129 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986.

El Real Decreto-Ley de 20 de abril de 1983, por razón de la demora en la aprobación de los Presupuestos Generales para 1983, fijó con carácter provisional los incrementos para dicho año de las retribuciones de los funcionarios públicos, también de aplicación según lo dicho a los funcionarios de Administración local, disponiendo en el artículo 1.º, número 5, que las retribuciones totales íntegras de los funcionarios, calculadas en base anual experimentarán un incremento del nueve por ciento respecto a 1982, adecuándose la cuantía de las retribuciones complementarias al objeto de no rebasar dicho incremento, porcentaje de incremento que mantuvo el artículo 3, número 5, de la Ley de 13 de julio de 1983, que aprobó finalmente los Presupuestos del Estado para el referido ejercicio económico, ampliamente rebasado por el Reglamento de Personal en materia de

retribuciones aprobado por el Ayuntamiento de Sopelana en sesión plenaria de 18 de abril de 1983, objeto de impugnación en el recurso, puesto que, con infracción de las normas citadas, establece para los funcionarios de dicho Ayuntamiento un incremento respecto de las retribuciones percibidas en el año 1982, según los casos, del doce o del diez por ciento, desajuste con las percepciones de los demás funcionarios públicos que también se produce al fijar otros complementos y retribuciones, hasta el extremo de establecer una gratificación por peligrosidad, penosidad, toxicidad y nocturnidad que para los funcionarios públicos ya se retribuye por razón del puesto de trabajo, incurriendo así el acuerdo municipal impugnado en manifiesta ilegalidad.

En lo que se refiere al personal laboral, desde el momento en que las retribuciones del mismo se fijan equiparándolas con las establecidas para los funcionarios que ocupen plazas de contenido análogo, la nulidad de éstas lleva necesariamente consigo la inoperancia de aquéllas, sin perjuicio de que puedan fijarse de conformidad con las normas que para las mismas se establecen en el artículo 6 del Real Decreto-ley de 20 de abril de 1983 y artículo 7 de la Ley de 13 de julio siguiente.

Las disposiciones legales citadas establecen claramente la equiparación retributiva de los funcionarios de Administración local y de la Administración civil del Estado, así como la competencia de ésta para fijar la cuantía de dichas retribuciones, que no puede ser desconocida amparándose en la autonomía reconocida a las Corporaciones locales en otras materias o en las facultades que les competen en orden a la aprobación de sus Presupuestos, lo que determina la procedencia de desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, que estimó el recurso y declaró la nulidad de los acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Sopelana impugnados en el mismo. (Sentencia de 29 de marzo de 1988. Sala Quinta. González Mallo. R.A. 2.550.)

3. *Retribuciones de controladores de circulación aérea. «Gratificaciones por servicios especiales.» Desaparición de este concepto retributivo*

Respecto del fondo del asunto, la sentencia impugnada había estimado la pretensión de los demandantes, controladores de la circulación aérea, anulando la desestimación presunta por reposición promovido contra la Resolución de ese Organó de 31 de julio de 1985, que denegó las peticiones deducidas en nombre de dichos funcionarios concernientes al pago de las diferencias existentes entre las cantidades percibidas por el concepto de gratificación por

servicios especiales desde enero de 1979 y hasta la demanda, y las que resultarían si se hubieran aplicado los incrementos previstos en las sucesivas Leyes de Presupuestos, calculados según las cuantías que se especifican en el hecho 5.º de la demanda; declarándose en la sentencia el derecho de los demandantes al percibo de las cantidades que para cada uno de ellos se reseñaron en dicho hecho 5.º de la demanda por el indicado concepto retributivo, así como el derecho a seguir percibiendo tal concepto retributivo en las sucesivas anualidades con los incrementos resultantes según las sucesivas Leyes de Presupuestos o cualesquiera otras normas, en función de los niveles que en cada momento ocupen; condenando a la Administración a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las cantidades reseñadas y a la inclusión de la mencionada retribución en las sucesivas nóminas, con los consiguientes aumentos y pagos. Todo ello en virtud de la única fundamentación de que en una anterior sentencia de la misma Sala, de 15 de mayo de 1985, se había reconocido a otros controladores en la misma situación unos derechos similares, para lo que se transcribe, entrecomillado, uno de los considerandos de esa sentencia que sucesivamente alude a los artículos 7.º, p. 4 de la Ley 1/1979, artículo 8.º, p. 4 de la Ley 42/1979, artículo 2.º, p. 5 de la Ley 9/1983, artículo 3.º, p. 5 de la Ley 44/1983 y artículo 10 de la Ley 50/1984, leyes que se refieren a los Presupuestos Generales del Estado de los años siguientes a su fecha.

La citada fundamentación supone una inadecuada aplicación del principio de igualdad ante la ley, del artículo 14 de la Constitución, por las siguientes razones: a) porque se apoya en un fundamento legal de otra anterior sentencia que no motivaba el fallo de esa resolución, sino que se limitaba a sentar las bases para la ejecución; b) la transcripción del fundamento es incompleta, pues aunque dice ser una literal reproducción entrecomillada del mismo, prescinde o no recoge el contenido de las líneas 26 a 30 en que se hace referencia al artículo 7, p. 1 de la Ley 74/1980 y artículo 5.º, p. 1 de la Ley 44/1981, que necesariamente se tuvieron en cuenta por el demandante del recurso del que surgió la sentencia ahora apelada, para fijar las cantidades del hecho 5.º de la demanda correspondientes a los años 1981 y 1982 admitidas en la sentencia apelada; c) la resolución que es objeto de la presente apelación, al reconocer el derecho al percibo de las cantidades concretas pedidas por los demandantes en el hecho 5.º de la demanda, que habían sido calculadas en virtud de las sucesivas leyes de Presupuestos de efectos desde 1980 a 1985, supone una aplicación de esas Leyes Presupuestarias, con lo que va más allá que la sentencia tomada como punto de comparación, que se limitó a citar dichas Leyes Presupuestarias; pero sin aplicarlas directamente, dejando la concreción cuantitativa de sus efectos a la

fase de ejecución; *d)* en cualquier caso era errónea la extensión de la doctrina de esa anterior sentencia, por lo que luego se dirá, a los años 1981 y sucesivos, a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1981, de 28 de mayo, reguladora del Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea e igualmente errónea en lo relativo a 1980.

Desde otro punto de vista, la sentencia ahora apelada también suponía una clara infracción del Ordenamiento jurídico, en cuanto que al aceptar las cantidades pedidas por el entonces actor en el hecho 5.º de la demanda que éste había fijado haciendo como se dijo, aplicación de las Leyes de Presupuestos desde 1980 a 1985, implícitamente venía, a su vez la sentencia apelada a dar efecto a esas Leyes Presupuestarias en el mismo sentido que el entonces, demandante, lo que era improcedente, ya que: *a)* el demandante había incrementado las retribuciones por el concepto de gratificaciones por servicios especiales, en dicho hecho 5.º, para 1980 y 1981, sucesivamente en un 8,5 por 100 y en un 12 por 100 pensando que la cuantía o porcentaje de esos incrementos señalados por los artículos 8.º, p. 4 de la Ley 42/1979 y 7.º, p. 1 de la Ley 74/1980, se aplicaban en su integridad a dicha gratificación, cuando no era así, pues en esas Leyes Presupuestarias, lo que se establecía era un porcentaje de aumento de las retribuciones íntegras, que cuando al ser aplicado a los diferentes conceptos complementarios, y sumado a las cantidades fijas de retribución básica, señaladas en cada Ley Presupuestaria, hubiera de suponer un aumento total que superara dicho porcentaje, habría de determinar o bien la reducción del tanto por ciento aplicable a los complementos, o bien que se mantuviera como hasta entonces, pero no indefectiblemente el aumento automático y total de los mismos; *b)* a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/1981, de 28 de mayo, según la resolución apelada, en la demanda, aplicando o reconociendo el derecho al percibo de la gratificación cuestionada, como si por el efecto de la sentencia el trato retributivo debiera ser siempre y en el futuro el mismo, olvidando la situación reglamentaria o estatutaria en que se hallan los funcionarios, sujetos en ese aspecto a lo que de la legislación resulte, tanto en particular para cada especie funcionarial, como con carácter general; por lo que se debió tener en cuenta que la Ley 13/1981, de 28 de mayo, reguladora del Cuerpo Especial de Controladores Aéreos, integró a esos funcionarios entre los Civiles de la Administración del Estado, haciéndoseles aplicable el sistema retributivo del Decreto-Ley de 30 de marzo de 1977, de modo que había que entender suprimido a partir de la vigencia de esa Ley esa gratificación por servicios especiales, propia de una anterior regulación, que conceptualmente se venía a corresponder con el complemento de destino de los funcionarios civiles del Estado, y que, si se mantenía, supondría la doble retribución de un mismo concepto; *c)*

como la sentencia apelada señalaba o admitía cantidades fijadas por el entonces demandante para 1985, calculadas sobre gratificación por servicios especiales, infringía, también la Ley 40/1984, de 2 de agosto, por las mismas razones, que variaba el sistema retributivo de todos los funcionarios públicos. (Sentencia de 7 de marzo de 1988. Recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley. Sala Quinta Cáncer Lalanne. R.A. 2.187.)

4. *Comisión de Servicio. Análisis del concepto. El mantenimiento del domicilio en el lugar de destino y la estancia fuera del término municipal en que radica aquél justifica el percibo de la indemnización por residencia eventual*

Al darse los presupuestos exigidos por el referido artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, procede determinar cuál sea la doctrina correcta. Y a tal efecto ha de precisarse que en la sustentada por la sentencia recurrida en revisión, ya esta Sala en sentencia de 13 de octubre de 1987 (R. 6.750) (recaída en el recurso 162/87) ha tenido ocasión de afirmar, que del artículo 2.1 del Decreto 176/1975 de 30 de enero, en el que se define la Comisión de servicio a efectos del percibo de dietas y en el caso que nos ocupa, de la indemnización por residencia habitual, ha de inferirse: a) Que la comisión de servicio, a los efectos que aquí interesan, es una misión o cometido de carácter circunstancial que el funcionario público está obligado a desempeñar; b) Que su desempeño exige el traslado forzoso de aquél, aunque con carácter temporal, a un lugar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial, y c) Que la comisión de servicio no afecta al destino del funcionario, pues presupone que la residencia oficial permanece invariable. Y asimismo, que en armonía con lo establecido en el artículo 2.1, 7.2 afirma que «la indemnización de residencia eventual es la cantidad que se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial cuando la comisión se prevea de larga duración...», con lo que queda claro que el percibo de aquélla viene justificado por la necesidad de resarcir al funcionario los gastos que éste se ve obligado a efectuar al tener que residir por necesidades del servicio, fuera de su domicilio en el que tiene su destino y, por tanto, su residencia oficial. Por lo que el mantenimiento del domicilio en el lugar de destino y la «estancia» fuera del término municipal en que radica aquél, es lo que da sentido al percibo de dietas y, en su caso, al cobro, de la indemnización por residencia eventual.

La doctrina anterior es la perfecta aplicación al supuesto de autos, ya que la supresión de las Comisaría de La Estrada, Ribeira y Villagarcía de Arosa por haber sido agregadas a la de Santiago de Compostela, determinó que los recurrentes dejaran de tener su

residencia oficial en aquellas localidades; y, por ello, cuando fueron trasladados a la citada Ciudad de Santiago de Compostela, aunque el traslado tuviera lugar por orden de superioridad y en calidad de agregados, pasaron desde entonces a tener su residencia oficial en esta última ciudad, por lo que al no producirse la cualidad «estancia-residencia oficial» que justifica el percibo de la indemnización de residencia eventual, la sentencia recurrida interpretó correctamente el artículo 2.1 del Decreto 176/1975 de 30 de enero, al desestimar el recurso planteado por los recurrentes. Y sin que pueda obstar a lo dicho la invocación que se hace a la comunicación dirigida con fecha 27 de julio de 1983 por el General Inspector de la Policía Nacional al Director de la Seguridad del Estado con el objeto de obtener una adscripción de recursos para hacer frente a las dietas devengadas durante los años 1979 y 1980 por el personal de la Policía Nacional agregado a las capitales de provincia, porque ello no supone reconocimiento de derecho alguno en favor de los recurrentes. (Sentencia de 22 de enero de 1988. Recurso extraordinario de revisión. Sala Quinta Fuentes Lojo. R.A. 352.)

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Silencio administrativo positivo y declaración expresa denegatoria posterior. Medidas de fomento de empleo previstas en el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio. Mantenimiento de las consecuencias del silencio administrativo positivo en función de la finalidad que en cada caso persigue la disposición que establece y regula el silencio positivo*

El silencio positivo, que a diferencia del negativo sólo se encuentra admitido cuando así se establezca por disposición expresa —art. 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, suele plantear problemas de difícil solución cuando la Administración, agotado el plazo legal para resolver, se pronuncia negativamente sobre la petición deducida. En principio, razones de seguridad aconsejan preservar los efectos positivos del silencio frente a la posterior resolución tardía, que cuando es desestimatoria entraña en cierto modo una revisión de oficio de unos efectos favorables al administrado sin seguir los cauces previstos en el artículo 110 de la indicada Ley, pero no pueden tampoco desdeñarse en todos los casos las consecuencias perjudiciales para el interés general cuando los efectos del silencio positivo se producen *contra legem* por no ajustarse al Ordenamiento jurídico la petición no resuelta. Una muestra del predominio del principio de legalidad, por las graves consecuencias que se derivarían del automatismo del silencio

positivo en el campo del urbanismo, se encuentra en el artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y en el 133.2 y 3 del Reglamento de Planeamiento. El problema se plantea con mayor crudeza cuando el conflicto de intereses no ha sido expresamente previsto en la normativa aplicable, inclinándose, por lo general, la jurisprudencia —Sentencias de 2 de abril de 1975, 20 de mayo del mismo año, 14 de octubre de 1977, 19 de enero de 1979 y 13 de noviembre de 1986, entre otras— en favor de mantener las consecuencias del silencio positivo con algunas matizaciones (cuando el acto expreso no pudiera haberse dictado por razones de competencia o procedimiento o cuando los efectos buscados constituyan una infracción clara y terminante de la Ley), a lo que quizá podría añadirse la finalidad que en cada caso persigue la disposición que establece y regula el silencio positivo.

En el caso que aquí se contempla la empresa actora se acogió a las medidas de fomento de empleo previstas en el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, en cuyo artículo 20 se establece una bonificación de las cuotas de la Seguridad Social. Con este propósito suscribió con un tercero un contrato de trabajo en prácticas que tuvo entrada el 3 de agosto de 1984 en la Oficina de Empleo de Valladolid para su visado y registro. La Dirección Provincial del INEM resolvió negativamente la solicitud con fecha 1 de diciembre siguiente, por tanto, transcurrido con exceso el plazo de catorce días hábiles previsto en la cláusula 4, punto 6, del Acuerdo CEOE-INEM, aprobado por Orden Ministerial de 2 de abril de 1982, a cuyo agotamiento se anuda, si no media oposición expresa y motivada de la Oficina de Empleo, el visado y registro del contrato y la concesión desde el momento mismo del registro presunto de las reducciones de la cuota de la Seguridad Social.

Este breve plazo para formular reparos o rechazar, en su caso, el registro del contrato parece obedecer a la naturaleza de una medida de fomento del empleo que sólo será realmente operativa si la Administración ejerce sus poderes de control en un plazo perentorio y si al transcurso del mismo, sin resolución expresa, se anuda un efecto positivo. Si a esto se añade que los motivos que movieron a la Administración a denegar extemporáneamente el visado y registro del contrato no son compartidos por el Tribunal *a quo*, que ofrece una interpretación distinta del artículo 11.1 del Real Decreto 1445/1982, parece necesario concluir que no se detecta una infracción de la legalidad aplicable, al menos, con entidad suficiente para impedir los efectos positivos de la inactividad administrativa. (Sentencia de 17 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Rodríguez García. R.A. 1.423.)

2. *Nulidad de Acuerdo de Corporación local de aceptar cesión de parcela por particular a cambio de condonación de impuestos y otorgamiento de volumen de edificabilidad en otras parcelas*

Se ha impugnado en este proceso, por un Concejal, portavoz de un grupo de concejales de un determinado Partido político, el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente, del Ayuntamiento de Santander, por el que llegó a aceptar el ofrecimiento de un particular, en nombre propio y de sus hermanos, de cesión a dicha Corporación de una parcela (parcela A) a cambio del pago de treinta millones de pesetas, por las edificaciones en ellas existentes, más la condonación del Arbitrio de Plusvalía que pese sobre ella con motivo del fallecimiento del padre de los mismos, y cualquiera otro impuesto o contribución, más el otorgamiento de un volumen de edificabilidad de 43 m² en las otras dos parcelas —la B y la C— previo proyecto y petición de licencia.

Basta repasar la sumaria exposición de los principales términos del acuerdo referido —de fecha 17 de septiembre de 1982— para comprobar que si, en determinados aspectos, lo redujéramos, por abstracción, a una visión de Derecho privado, podría llegarse a su anulación, en cuanto cualquiera de las partes lo pretendiera; con doble motivo, el acuerdo de que se trata, aun contando con la coincidencia de oferta y aceptación, es nulo por adolecer de múltiples vicios que impiden su validez y eficacia.

En efecto, en Derecho privado, si se trata de un negocio de compraventa, hace falta que a la entrega de una cosa se corresponda con el pago de un precio cierto, en dinero o signo que le represente (art. 1.445 del Código Civil); y si se trata de una permuta es preciso que entre los contratantes se intercambien una cosa determinada, por otra cosa igualmente determinada (art. 1.538 del mismo código), Nada de lo cual concurre en el supuesto de autos.

Lo expuesto lo ha sido, sin embargo, a efectos puramente dialécticos, puesto que en el acuerdo que nos ocupa se ponen en juego algo más importante que cosas y dinero, como bienes en tráfico de un patrimonio privado a otro, sino que, de forma totalmente anticipada e indeterminada, el ente público Ayuntamiento, inserta en un negocio jurídico con unos particulares lo que es consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, como es la condonación de tributos sin ni siquiera conocer su cuantía; comprometiéndose al mismo tiempo a admitir un determinado volumen de edificabilidad en las parcelas B y C, en zona de bloques, cuando la parcela A recibida por la Corporación tiene la calificación de parque público; hipotecando sus facultades de previo control de éste y otros datos, como requisito inexcusable para que la licencia que, en su caso, se conceda, no esté en contradicción con la normativa y la planificación urbanística. En

definitiva, en este supuesto se han negociado prerrogativas irrenunciables, antes de concretarlas y determinar sus resultados a través de los procedimientos legales correspondientes, como son los a seguir en la liquidación de tributos y en el otorgamiento de licencias de edificación. (Sentencia de 24 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Martín del Burgo y Marchán. R.A. 1.396.)

3. *Relaciones entre el principio de ejecutividad de los actos administrativos y el derecho a la tutela judicial efectiva. La ejecución de actos en materia de disciplina urbanística*

Sin desconocer lo sólido de la argumentación transcrita, sin embargo, su conclusión no es aceptable para este Tribunal. En efecto, tal como viene planteada la cuestión, el problema que suscita es el de las relaciones entre el principio de ejecutividad de los actos administrativos y el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la Constitución, ya que es la brevedad del plazo de quince días dado por la Administración para demoler la que entiende la sentencia que imposibilita que antes de su transcurso tenga ocasión de pronunciarse un órgano jurisdiccional sobre la eventual ilegalidad de la orden de demolición.

Recientemente, en sentencia de 10 de diciembre de 1987, esta misma Sala ha señalado que, prescindiendo de las especificaciones que para cada caso particular pueda hacer la legislación ordinaria, la vigilancia de cuyo cumplimiento ha de ponderarse normalmente en el proceso contencioso-administrativo también ordinario, por regla general los actos administrativos son ejecutivos de inmediato, salvo suspensión acordada por la propia Administración al conocer de los recursos administrativos, siendo este acuerdo de suspensión susceptible de control autónomo por la jurisdicción contencioso-administrativa, previo, cuando menos, al recurso de reposición que antecede al acceso a la vía jurisdiccional. Esto quiere decir que lo normal en el sistema de régimen administrativo es que no exista la posibilidad de imponer de una manera directa e inmediata a la decisión que sobre cualquier tema adopte un órgano administrativo una suspensión de la ejecución de la misma por parte de la Jurisdicción, en tanto en cuanto el tiempo para pronunciarse ésta viene mediatizado por los recursos que con carácter previo al acceso a la misma ha de resolver la propia Administración.

Se concluía, pues, en que la posibilidad general de que la Administración ejecute sus decisiones antes de que lleguen a controlarse jurisdiccionalmente, aunque el control sólo se refiera a la estricta ejecución de las mismas, se ofrece como una realidad jurídica y general del sistema.

Naturalmente, esto no obsta a que la situación deba contemplarse en función de los valores insertos en la Constitución, cuando independientemente del juicio sobre la legalidad intrínseca del acto que en su momento pueda emitirse, de aquella ejecución inmediata pueda derivarse una situación irreversible afectante a derechos sustantivos constitucionalmente proclamados y que sean de los comprendidos en la protección preferente y sumaria establecida en el artículo 53.2 de la Constitución y desarrollada en la Ley 62/1978.

Aplicando esta doctrina a la orden de demolición acordada por el Ayuntamiento de Jerez, se concluye en que no procede amparar a sus destinatarios, doña Alejandra D. W. y don Norberto O. O., en el proceso especial y sumario elegido por los mismos para obtener la anulación de aquélla: primero, porque no se le negaron los medios ordinarios de tutela a la situación que denuncian como ilegal, ya que consta en la notificación del acto dictado por la Gerencia la posibilidad de recurrir contra el mismo en alzada ante el Ayuntamiento Pleno; segundo, porque el contenido material del derecho afectado por la eventual ilegalidad no es de los comprendidos en el artículo 53.2 de la Constitución, ya que en definitiva el acto administrativo se refiere solamente al derecho de propiedad, en cuanto las facultades inherentes al mismo vienen delimitadas por el planeamiento urbanístico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo; tercero, que la ejecución por parte del Ayuntamiento de la orden de demoler no podría tener lugar automáticamente, por el mero transcurso de los quince días concedidos a los recurrentes para hacerlo por su cuenta sin que lo hubieran verificado, sino que en su caso tendría que abrirse el oportuno procedimiento para acordar la ejecución subsidiaria, y, cuarto, que sin perjuicio, naturalmente, de la eficacia de las medidas que se hayan adoptado y de los criterios que se hayan seguido en el proceso contencioso-administrativo ordinario, en el que son más amplios los elementos a valorar desde el estricto punto de vista de la protección de los derechos fundamentales de la persona no puede admitirse que, aun cuando la demolición se llevara a efecto y después fuese declarada ilegal la resolución fundamentadora de la misma, se produjera una situación irreversible o de difícil fórmula reintegrativa, ya que se trataría de costear la reconstrucción de lo derribado e indemnizar los perjuicios causados en torno a un Derecho, el de propiedad, carente en la Constitución de la protección privilegiada pretendida por los demandantes.

Por todo ello, ha de estimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Jerez. (Sentencia de 18 de enero de 1988. Sala Quinta. Trillo Torres. R.A. 281.)

4. *Inspección de la documentación industrial, mercantil y contable de las empresas. Inexistencia de violación del derecho a la intimidad personal*

El tercero y último precepto cuestionado es el contenido en el artículo 13.2, en el que se declara que «podrán acceder directamente a la documentación industrial, mercantil y contable de las empresas que inspeccionan (se refiere a los inspectores de que habla el mismo artículo en su número primero) cuando lo consideren necesario en el curso de sus actuaciones que, en todo caso, tendrán carácter confidencial». Precepto que es atacado invocando principalmente los principios constitucionales de intimidad personal y de inviolabilidad del domicilio (art. 18, núms. 1 y 2 de la CE).

Precepto que obliga, antes de profundizar en su estudio, a revelar algo obvio, manifiesto en su propio texto: su generalidad, a diferencia de lo que hay de discriminatorio en los preceptos antes enjuiciados. Esto es, precepto que involucra por igual en estas obligaciones, a todos los que intervienen en el proceso económico, en esta clase de artículos o mercancía.

Lo primero que puede afirmarse, al iniciar el análisis de esta norma, es que con ella no se ha pretendido violar la intimidad personal de los afectados ni la inviolabilidad de sus domicilios, cuya consagración constitucional garantiza en todo momento el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, frente a cualquier intento de vulneración. Porque el acceso directo de los inspectores se refiere a la «documentación industrial, mercantil y contable de las empresas que inspeccionan», lo que quiere decir que si estos funcionarios tienen derecho a inspeccionar las empresas —y eso no se les niega en el recurso—, la inspección de sus documentos constituye la de uno de sus elementos, integrados en sus instalaciones y locales comerciales e industriales. Todo ello ajeno a la intimidad personal y al domicilio particular de los empresarios.

Por otra parte, entre los deberes de los administrados, figura el de «facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación...» —art. 27 Ley de Procedimiento Administrativo, sin más limitación que la de que ello se produzca en la forma y en los casos previstos por la Ley o por disposiciones dictadas en virtud de la misma.

Esto significa que la reserva de Ley no aparece referida a la obligación de los administrados de facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación, que, en principio, ya viene establecida como regla en este artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino sólo a la forma y a los casos en que pueda ser exigida; reserva que, además, no es

exclusivamente de Ley, al autorizarse que la misma pueda depender de las «disposiciones dictadas en virtud de la misma».

Desde esta perspectiva contemplamos que el Real Decreto en cuestión de 22 de junio de 1983, y en el extremo que ahora nos ocupa (art. 13.2), no se hace otra cosa que recoger lo permitido en el artículo 2 del Decreto 2.147/1973, de 17 de agosto que, a través de los Decretos de 15 de septiembre de 1972 y 17 de noviembre de 1966, enlaza con el Real Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, de autorización al Gobierno para refundir las disposiciones sobre infracciones y sanciones en materia de Disciplina de Mercado.

Por otro lado, el Real Decreto que nos ocupa, 1945/1983, es consecuencia del Acuerdo del Congreso de los Diputados, en su reunión de 17 de septiembre de 1981, sobre un plan de medidas urgentes de defensa de la salud de los consumidores, entre las que se incluyen «la refundición y actualización de todas las normas vigentes en materia de inspección y vigilancia de las actividades alimentarias y de sanción de las infracciones».

Desde el punto de vista de los valores humanos en juego, no creemos que la actividad de policía administrativa a la que se contrae el Real Decreto en litigio: la defensa de la salud de los ciudadanos, merezca menos estimación que la de los intereses monetarios de la Hacienda Pública, en cuya defensa se ha organizado todo un sistema, que llega hasta la investigación de las cuentas bancarias en los posibles defraudadores, hasta ahora sometidas a un régimen de secreto considerado infranqueable; medidas que al romper este privilegio han sido virulentamente atacadas, pero sin éxito, al no ser declaradas inconstitucionales, ni por el Tribunal Constitucional —sentencia de 26 de noviembre de 1984—, ni por el Tribunal Supremo —sentencias Sala Tercera de 29 de julio de 1983 y 16 de enero de 1985.

A esta cobertura normativa de lo establecido en el artículo 13.2 del Real Decreto de que se trata, se suma el hecho de que el acuerdo citado, del Congreso de los Diputados, responde a una medida política, encauzadora del clamor popular, crispado ante acontecimientos luctuosos de triste recuerdo. Acontecimientos que los buenos industriales serán los primeros en procurar que no se repitan, por lo que no es imaginable piensen en poner obstáculos a una labor de agentes públicos, que, mientras no se demuestre lo contrario, sólo han de perseguir el descubrimiento de la verdad.

Como contrapartida, el precepto en cuestión deberá ser aplicado respetando al máximo la inviolabilidad del domicilio particular de los inspeccionados y observando escrupulosamente el carácter confidencial de la investigación, so pena de poder incurrir los inspectores en graves responsabilidades, de tipo disciplinario, e incluso penal.

(Sentencia de 10 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Martín del Burgo y Marchán. R.A. 1.121.)

VI. CONTRATOS

1. *Contrato de gestión de servicios públicos a cargo de Entidad local. El transcurso del plazo reglamentario para adjudicar el concurso impide que la adjudicación se declare fuera de él*

Exigiendo el apartado *b)* del precepto indicado, para poder entrar en el estudio de cuál sea la doctrina correcta, que entre las dos sentencias que se dicen contrarias, se den las identidades indicadas, es necesario, en primer lugar, ponerlas en parangón. Y a tal efecto, ha de ponerse de manifiesto: *a)* la recurrida de 13 de mayo de 1986, como se ha dicho, confirma la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, que anuló el acuerdo del Ayuntamiento de Vitoria adjudicando definitivamente el concurso convocado por el mismo sobre contratación de los servicios de limpieza viaria y recogida de basura y contratando la prestación de estos servicios al «Cespa», y declaró desierto este concurso, basándose, en síntesis, en que el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales «conserva su vigencia por imperativo de la Disposición Transitoria 1.^a del Decreto 6 de octubre de 1977 y es de aplicación en cuanto no se oponga a la normativa contenida en él o a las disposiciones reglamentarias del mismo que, en la fecha a que los autos se contraen, no se habían establecido; y en el transcurso del plazo reglamentario para adjudicar el concurso impide que la adjudicación se declare fuera de él, por resolución expresa, porque el artículo 44.5 del citado Reglamento es la norma misma que, terminantemente y con irrelevancia de la voluntad del administrado y de lo que puede resultar de la presunta repulsa de una petición y sin reserva de derecho alguno a la Administración para que después lo haga expresamente, considera desierto el concurso; *b)* la sentencia de 30 de marzo de 1984, que se alega como contraria, fue dictada por la misma Sala Cuarta; que revocó la de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 25 de enero de 1982, que estimando el recurso interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de esta ciudad acordando la adjudicación a una empresa del concurso convocado para la instalación de unas vallas y planímetros publicitarios en las vías públicas y terrenos municipales, anuló este acuerdo, razona la expresada sentencia de la Sala Cuarta para declarar válido y eficaz este acuerdo del Ayuntamiento, en síntesis, «que el juego de los artículos 40.5 y 44.5 del Reglamento permite sostener que la declaración prevista que se deduce, *ex lege*,

de la declaración del concurso desierto por transcurso del plazo de noventa días a partir de la apertura de plicas sin que se haya realizado la adjudicación definitiva es, sin duda, un supuesto de silencio administrativo negativo» y que «si bien transcurrido el plazo previsto en el artículo 44.5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales los concursantes debieron entender denegadas por silencio administrativo sus proposiciones y abierto, en consecuencia, el camino de la impugnación procesal, ello no obstante, nada impedía que el Ayuntamiento por imperativo de lo preceptuado en los artículos 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 38 de la Ley Jurisdiccional resolviere expresamente y, en consecuencia adjudicase el concurso al licitador más favorable o solvente sin que la tal declaración expresa tardía viniera imposibilitada por la naturaleza especial del término o plazo que impidiese, material o jurídicamente, la validez de la adjudicación del concurso».

Lo expuesto en el razonamiento anterior revela que entre las sentencias puestas en parangón se dan las identidades exigidas en el apartado b) del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional, por lo que procede decidir sobre cuál de ellas es la que contiene la doctrina correcta, llegando a la conclusión que es la de 13 de mayo de 1988 que se intenta revisar por sus propios fundamentos; porque no es posible sostener, como lo hace la de 30 de marzo de 1984, que la afirmación que se deduce de la declaración de concurso desierto por el transcurso del plazo de noventa días a partir de la apertura de las plicas sin que se hubiere realizado la adjudicación definitiva constituya un supuesto de silencio administrativo negativo, ante la claridad de lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de Contratación citado, que después de afirmar que «la adjudicación definitiva deberá realizarse dentro del plazo de... noventa días en los concursos, a contar de la fecha de apertura de las plicas (apartado 4)», añade que «transcurridos dichos plazos, sin acuerdo expreso... se consideran declarados desiertos los concursos» (apartado 5); y porque, en definitiva, la doctrina de la sentencia de 13 de mayo de 1986, que consideramos correcta, viene, en definitiva, a ser también la sostenida en la de 17 de febrero de 1987, de la propia Sala Cuarta, al declarar que la «articulación entre la legislación general del Estado y la particular de la Administración local no se establece en régimen de jerarquía sino de autonomía, que es todo lo contrario»; que «la producción del fenómeno de que la legislación del Estado pase a desempeñar en la Administración local el modesto papel de legislación supletoria», y «que estos principios ordinamentales e institucionales lógicamente no podían ser desconocidos por el citado Decreto 6 de octubre de 1977», y por eso declara, refiriéndose a los contratos de obras y los de gestión de servicios públicos a cargo de las Entidades locales, así como los de prestación de suministros a las

mismas, que «se regirán por las presentes normas y sus disposiciones complementarias, reservando a la Ley de Contratos del Estado el papel de legislación suplementaria». Y sin que puedan obstar a todo ello, las alegaciones del Ayuntamiento recurrente en relación a la no diferencia entre el artículo 38 de la Ley Jurisdiccional y el artículo 44.5 del Reglamento de Contratación citado, porque si bien en ambos hay petición del administrado que no es resuelta por la Administración dentro del plazo establecido, en el segundo de ellos, de aplicación concreta a los concursos, se prevén especialmente los efectos del transcurso del plazo sin que recaiga acuerdo expreso, considerando que han de ser declarados desiertos, según hemos razonado; y porque el artículo 117 de la Ley 41/75, aprobado por el Decreto 3.046/1977, de 6 de octubre, ya hemos indicado que no es de aplicación por mor de la Disposición Transitoria del mismo, sino el artículo 44.5 del repetido Reglamento. (Sentencia de 17 de marzo de 1988. Recurso extraordinario de revisión. Sala Cuarta. Fuentes Lojo. R.A. 2.178.)

2. *Recepción provisional de obras, funciones y trascendencia diferentes. Resolución de contrato. Indemnización y pago de cantidades pendientes en razón de la obra realizada*

Importa ante todo dejar constancia de los datos de hecho de los que nacen los problemas litigiosos: la parte hoy apelante, adjudicataria del contrato que tenía por objeto la «reforma general, tercera fase, del Sanatorio Marítimo Nacional de Torremolinos», paralizó unilateralmente las obras a partir de mediados de mayo de 1983 —folios 118, 122 y 124 del expediente administrativo—, manifestando después a la Administración su voluntad de «renunciar a la realización de los trabajos» pendientes, por razón de su crisis económica. Es de añadir que el contrato en cuestión fue resuelto después por la Administración —folio 268— acordándose la pérdida de la fianza y la indemnización de los daños y perjuicios, acuerdo éste que no es el impugnado en estos autos en los que lo que se discute es el pago de las cantidades pendientes en razón de la obra realizada.

Así las cosas, es claro que no puede apreciarse la existencia del mutuo disenso alegado por la parte apelante.

La Ley de Contratos del Estado, recogiendo la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado, ha introducido la figura de la resolución por mutuo acuerdo de la Administración y el contratista —art. 72.7—. Pero en el supuesto litigioso ni se ha probado la existencia del acuerdo ni éste resultaba viable, dado que sólo es procedente cuando no concurren otras causas que provoquen la resolución por incumplimiento del contratista —art. 166, párrafo segundo del Reglamento General de Contratación—. Y es bien

patente que en el caso ahora debatido se produjo la paralización unilateral de las obras por parte de la Sociedad hoy apelante lo que implicaba incumpliendo de las obligaciones asumidas en el contrato con virtualidad terminante para fundar la resolución de aquél —artículo 52.1 de la Ley de Contratos del Estado.

Ciertamente, una vez abandonadas las obras por el contratista se produjo una recepción provisional de aquéllas —folio 145—; pero su alcance no es el que le atribuye el apelante.

La recepción provisional de las obras tienen en nuestro sistema, por razón de la pura naturaleza de las cosas, funciones y trascendencias diferentes. En términos generales, y ésta es su significación ordinaria, la recepción provisional se produce una vez que las obras se hallan terminadas —art. 54, párrafo primero de la Ley de Contratos del Estado—. Implica, pues, ante todo, una primera apariencia, no definitiva, del buen desarrollo del contrato.

Pero también existen otros tipos de recepción provisional con una funcionalidad distinta. Muy concretamente la que se produce en los casos de resolución. La recepción provisional opera en este supuesto no como apreciación *prima facie* del correcto cumplimiento del contrato sino como consecuencia de la concurrencia de un incumplimiento del mismo —arts. 178 y 179 del Reglamento General de Contratación—. La literalidad del artículo 178 de dicho Reglamento que parece referir la recepción provisional a los supuestos de contrato «ya» resuelto ha de ser superada con un criterio finalista —art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil—; piénsese que el litigioso es un caso de paralización de las obras por parte del contratista.

Importa ahora precisar que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza opera como indemnización de los perjuicios, sin duda existentes pero difíciles de precisar, que el retraso de la obra provoca en el terreno más general del interés público, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está habilitada para exigir su indemnización. Es decir, la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretables que su incumplimiento haya podido producir —art. 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General—: la indemnización se produce «además» de la pérdida de la fianza, siendo así viable la exigencia de responsabilidades *ultra vires cautiones*.

Ciertamente lo expuesto no extingue el derecho del contratista a cobrar la parte de obra ya realizada que sea de recibo y no haya sido pagada hasta el momento. Lo contrario podría ser un inadmisibles enriquecimiento injusto. Pero sí es preciso armonizar en el tiempo los dos aspectos del problema que se examinan: la indemnización de los

perjuicios y el cobro de las obras hechas —en este sentido se manifiesta reiteradamente el Consejo de Estado—. Y tal armonización se logra llevando a cabo simultáneamente la liquidación de los daños y perjuicios, por un lado, y de las obras ejecutadas y no pagadas, por otro, compensándose las cantidades resultantes por uno y otro concepto. Regla ésta que exigiría algunas precisiones que no son del caso. (Sentencia de 14 de marzo de 1988. Sala Cuarta. Delgado Barrio. R.A. 2.161.)

3. *Contrato de obras. Defectos de formalización. La omisión de formalidades del acto de recepción no puede perjudicar los derechos al cobro del contratista*

Por el Ayuntamiento de Telde, demandado en la primera instancia, a través del recurso de apelación por él interpuesto se impugna la sentencia dictada por la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Las Palmas en 8 de octubre de 1986 que, al estimar el recurso contencioso-administrativo ante ella deducido por la empresa P. M., S.A., reconoció el derecho de esta entidad a percibir de la referida Corporación municipal la cantidad de 14.431.457 pesetas más los intereses legales, correspondiente al precio de diversas obras que, como contratista, ejecutó en beneficio de ésta; fallo que es combatido, alegándose fundamentalmente que dichas obras fueron terminadas por el Ayuntamiento y no por el contratista así como que no se había producido la recepción de las obras, elemento fundamental para que el constructor pueda acreditar que ha cumplido sus obligaciones y poder exigir el cobro de la obra realizada.

Si bien el Ayuntamiento de Telde se opuso en primera instancia a la pretensión del contratista en base a que las obras no estaban terminadas, ahora en apelación, a la vista del resultado de las pruebas practicadas, y sobre todo del reconocimiento judicial, que ha puesto de manifiesto la endeblez de dicha argumentación, reconoce el acabado de las obras, aunque atribuye su conclusión no al contratista sino al propio Ayuntamiento; alegación fundamentada en un simple error mecanográfico cometido por la representación de la demandante en instancia que al formular el pliego de preguntas del testigo don Juan José R. M. (folio 125) consignó, en la tercera de las cuales, la preposición «por» en lugar de «para», con la que se denota el fin o término a que se encamina una acción, que era precisamente la finalidad de la pregunta, lo que claramente se evidencia de su contexto, argumentación que, por otra parte, no sólo no está avalada por ningún hecho o dato del que pudiera deducirse, siquiera indiciariamente, que la Corporación municipal tuviera alguna intervención en la finalización de las obras sino que está en abierta contradicción con la actuación municipal que en ningún momento ha

adoptado resolución alguna de lo que pudiera deducirse incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, que le hubiera facultado para adoptar cualquiera de las medidas reconocidas en el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, sin que tenga ningún valor en tal sentido el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de 6 de julio de 1982 iniciando expediente de resolución, por estar referido a contratos distintos de los que son objeto de discusión en estas actuaciones.

Acreditado que las obras fueron efectuadas por el contratista y destinadas por el Ayuntamiento al fin para el que fueron realizadas, según se desprende del acta de reconocimiento judicial, no constituye argumento válido para desvirtuar la valoración efectuada por la sentencia apelada aducir la naturaleza formal de los actos administrativos de recepción provisional y definitiva de las obras, pues, como señala la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1985, esa naturaleza formal no quiere decir que la Administración pueda a su libre voluntad dilatar, con infracción de los artículos 61, 62, 63 y 64 del Reglamento de las Corporaciones Locales, la obligación que le incumbe respecto a dichos actos de recepción, ya que los trámites formales a que vienen éstos sometidos deben ser cumplidos en su momento oportuno, acordando lo que proceda sobre la recepción, su denegación, o, en su caso, la resolución del contrato, siempre dentro de los términos establecidos en dichos preceptos, mientras que en el caso de autos pese a ser destinadas las obras al uso público o servicio correspondiente, lo que de conformidad con los artículos 54 de la Ley de Contrato de Estado y 170 del Reglamento General de Contratación determinaría el comienzo del plazo de garantía, la Administración no practicó diligencia alguna en orden a la recepción de las obras, motivando con ello una situación de dependencia e incertidumbre, durante varios años, solamente a ella imputable, por lo que la omisión de las formalidades del acto de recepción no puede perjudicar los derechos al cobro del contratista, pues sería tanto como dejar la validez y el cumplimiento del contrato administrativo al arbitrio de la Corporación, con evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil, aplicable también con carácter subsidiario a la contratación local, de conformidad con la Disposición Adicional 2.ª de las del mencionado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953. (Sentencia de 26 de enero de 1988. Sala Cuarta. Oro-Pulido y López. R.A. 429).

VII. SANCIONES

1. *Infracciones administrativas. Improcedencia de aplicar el plazo de prescripción de dos meses establecido en el Código Penal para la faltas penales*

Agotando el tema que estamos tratando, tenemos que decir que también es improcedente aplicar a las infracciones administrativas —en la hipótesis de prescripción— el plazo de dos meses establecido para las faltas penales en el respectivo Código, aunque, en honor a la verdad, no haya más remedio que reconocer que, debido a ciertas vacilaciones jurisprudenciales, no han faltado sentencias en ese sentido.

Trasladar un plazo tan breve como es el de dos meses, justificado en las faltas penales por la levedad de las mismas (pequeños hurtos, pequeñas lesiones, altercados, riñas de vecindad), por la concurrencia de una simple homonimia, esto es, por la no bien meditada denominación de faltas administrativas a las infracciones en este campo, es dejarse arrastrar por lo superficial, desentendiéndose del fondo de las instituciones. Porque sería absurdo e ilógico que altos valores a defender, como son la sanidad pública, la práctica del juego, y otros muchos tan importantes, dependieran en su defensa de una inacción administrativa tan breve, lo que en la práctica representaría que la mayoría de las infracciones —leves, graves y muy graves— quedarían en la más completa impunidad. Una prueba de lo dicho es el haberse sentido la necesidad de ampliar plazos de prescripción más dilatados, como el de un año, establecido en el artículo 185 de la Ley del Suelo, alargándose hasta cuatro años, según la reforma efectuada por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre.

Viene a demostrar la lógica de nuestros razonamientos, el hecho de que la Ley que acaba de ser promulgada para dar cobertura legal a la potestad sancionadora de la Administración en esta materia de juegos de suerte, envite y azar, Ley Orgánica 34/1987, de 26 de diciembre, establezca tres plazos diferentes de prescripción: dos meses para las faltas leves, un año para las graves, y dos años para las muy graves (art. 6).

Pero esta misma Ley Orgánica que acaba de ser citada, demuestra, por otra parte (sirviéndonos de ella para enjuiciar el fondo material del asunto) que ha sido el propio legislador el que no ha tenido más remedio que reconocer que en la materia que nos ocupa se carecía de la suficiente habilitación legal para poder interponer sanciones, como la impuesta en el supuesto de autos, ya que el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, venía a implicar, con su apoderamiento ilimitado y genérico, más que otra cosa, una deslegalización, que no podía ser

subsanada con la serie de disposiciones que, en base en él, se fueron dictando, entre ellas, las que han servido de fundamento a las resoluciones recurridas en este proceso. Situación que motivó la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1987, anulatoria de acuerdos administrativos incurridos en el mismo defecto. Sentencia que ha sido la que ha provocado la promulgación de la repetida Ley Orgánica 34/1987, de 26 de diciembre.

Ahora bien, lo que no puede esta Ley es retrotraer sus efectos punitivos a la fecha en que los hechos de autos se produjeron (el acta de la Policía se levantó el 27 de enero de 1982), ya que se interpone como factor prohibitivo insoslayable el mandato constitucional del artículo 25.1 que impide el que nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

VIII. RESPONSABILIDAD

1. *Lesiones producidas por accidente laboral en el que ha participado como causa principal el mal funcionamiento de un servicio público. El supuesto tiene que ser contemplado desde la perspectiva que ofrece el régimen general laboral de la Seguridad Social*

En principio, el fallo del Tribunal de instancia es correcto, al acoger la pretensión de la actora de que se le indemnice por el Ayuntamiento de Sevilla, en la cantidad de un millón de pesetas, por los daños sufridos por el mal funcionamiento del servicio de ascensor en la maternidad donde trabajaba como limpiadora, al abrirse su puerta de acceso al mismo indebidamente, provocando su caída al foso en la planta sótano, lo que le produjo importantes lesiones. Decimos esto porque los hechos en sí, antes de pasar a examinar la situación laboral de la accionante, son el prototipo de los supuestos previstos en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y, como remate, artículo 106.2 de nuestra Constitución.

La singularidad del caso en debate radica precisamente en el hecho de que el luctuoso hecho se produjera como una incidencia de la jornada laboral de la recurrente, lo que motivó el que el Ayuntamiento la atendiera en todo momento, pasando después a percibir las prestaciones correspondientes de la Seguridad Social, en la que la Corporación sevillana participa como empresario.

Se trata, ni más ni menos, de un accidente laboral, en el que ha participado como causa principal el mal funcionamiento de un

servicio —el de ascensor o montacargas—, dentro del complejo de servicios del Centro sanitario donde los hechos se han producido. Pero un supuesto que, al estar previsto y encuadrado en el régimen general laboral de la Seguridad Social, tiene que ser éste contemplado desde la perspectiva que ofrece su propio Ordenamiento, ya que la normativa a que nos hemos referido al principio, instauradora de la responsabilidad civil de la Administración trata de cubrir responsabilidades de ésta no garantizadas por los ordenamientos sectoriales.

Lo expuesto queda evidenciado con sólo contemplar lo dispuesto en el artículo 93 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, en el que, lo que pudiera conseguirse a través de la puesta en práctica de la responsabilidad civil de la Administración, queda ya garantizado, al disponer que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones... que es precisamente lo ocurrido en el caso que nos ocupa.

El Ayuntamiento demandado tiene que hacer frente a ese plus —del 30 al 50 por 100—, pero no por la vía de los preceptos citados de la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino por la establecida en el mencionado artículo 93 del Texto Refundido de la Seguridad Social, en el que se dice —en el número dos del mismo— «que la responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior —parcialmente transcrito antes— recaerá directamente sobre el empresario infractor...», que en este caso es el Ayuntamiento de Sevilla. (Sentencia de 26 de enero de 1988. Sala Cuarta. Martín del Burgo y Marchán. R.A. 431.)

IX. PROCEDIMIENTO

1. *Adopción de Acuerdos por las Corporaciones locales. Asunto incluido en el orden del día sin poner a disposición de los miembros de la Corporación la documentación para su estudio. La toma de decisiones por los miembros de una Corporación inexcusablemente requiere el precio y total conocimiento del objeto sobre el que el Acuerdo ha de recaer*

Agréguese, sin embargo, como mera justificación de que los motivos de apelación no desvirtúan la fundamentación jurídica de la Sala sentenciadora, que el número 2 del artículo 47 de la Ley de

Procedimiento Administrativo considera nulos de pleno derecho a aquellos actos que se hayan producido prescindiendo de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los Organos colegiados, y esta determinación volitiva de los miembros de una Corporación —como la de cualquier persona física— inexcusablemente requiere el previo y total conocimiento del objeto sobre el que aquélla ha de recaer y, por consiguiente el de todos y cada uno de los antecedentes, aspectos, circunstancias y condiciones del acto sometido a decisión, y de ahí que en casos como el presente, el específico Ordenamiento aplicable establece normas preordenadas a que esa voluntad colegiada se emita con pleno conocimiento de causa y de cuya observancia estricta no es posible prescindir.

Es claro que, tratándose aquí de la aprobación de un Proyecto de obras, cuyo importe rebasaba más del 50 por 100 del total presupuesto municipal, destinadas para una finalidad que, si no innecesaria, al menos no constituía un servicio de los que imperativamente están a cargo de los Ayuntamientos, nada era más esencial para decidir adecuadamente sobre ello que el examen del mismo y el de toda la documentación complementaria, adquiriendo por ello significada relevancia las exigencias establecidas en el artículo 46.2.b) de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 vigente en la ocasión de autos de que «la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día que deba servir de base al debate, y en su caso votación, deberá figurar a disposición de los Concejales o Diputados desde el mismo día de la convocatoria, en la Secretaría de la Corporación», y, que, al efecto, la misma habrá de hacerse «al menos con dos días hábiles de antelación» a las sesiones plenarios, y tan necesario es ese cabal conocimiento previo que el 192 del Reglamento de Organización de 17 de mayo de 1952 —aún en vigencia cuando los hechos tuvieron lugar—, tras contener la misma prescripción transcrita, dispone en su número 2 que, «cuando los miembros de la Corporación necesiten que se les ponga de manifiesto cualquier otro expediente o documento que obre en las dependencias municipales, deberán solicitarlo del Alcalde», de tal manera que no puede alegarse —como el apelante hace— que es que la sentencia recurrida se atuvo estrictamente a la literalidad de estos preceptos, así, a su juicio, indebidamente interpretados.

Bien demuestra que en el caso que se cuestiona se prescindió en absoluto de tales exigencias la elocuente circunstancia de que, al comenzar la sesión de 27 de junio de 1985, en la que se tomó el acuerdo, el Alcalde que la presidía explicó que «el proyecto que ahora se somete a la consideración de este Ayuntamiento» —que, por cierto, se databa en junio del mismo año, sin especificación del día y que no fue visado hasta el 29 del mes siguiente— «le ha sido entregado por el arquitecto esta misma tarde, sobre las seis

aproximadamente, y comprende que no haya habido tiempo para examinarlo los señores Concejales», y, frente a esta realidad, tampoco cabe alegar que el Concejal recurrente tuvo ocasión de conocerlo cuando se expuso al público y cuando interpuso el recurso de reposición, porque, además de que el conocimiento que un miembro de la Corporación pueda adquirir en su condición de simple ciudadano, nada tiene que ver con aquel que oficialmente se le ha de dar por su condición de tal, aunque se entendiera lo contrario, la citada exposición al público como el acceso al expresado recurso, tuvieron lugar con posterioridad a la deliberación y votación del acuerdo, no, por tanto, antes de que debidamente la voluntad del órgano se formará, por más que ésta se constituyera por la mayoría de miembros, aun en el supuesto —no debidamente intentado probar— de que quienes en la ocasión de autos la integraron tuvieron un conocimiento, que, por lo reconocido por el Alcalde, no era de carácter oficial ni producido en la forma legalmente exigida, de lo que realmente estaban votando. (Sentencia de 5 de enero de 1988. Sala Cuarta. Reyes Monterreal. R.A. 193.)

2. *Obligación de las entidades locales de remitir a la Administración del Estado y Autónoma correspondiente copia de los actos y acuerdos de las mismas. Artículo 64 de la LBRL No puede estimarse legal una segunda solicitud de datos ni estimar interrumpido el plazo legal establecido por la sola decisión de la autoridad gubernativa*

Distinto es el tema a si se dio o no la citada firmeza y extemporaneidad y a tal respecto pertinente es tener en cuenta que, conforme al párrafo primero del artículo 56 de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, las entidades locales tienen la obligación, de remitir a las Administraciones del Estado y Autónoma correspondiente, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas, pudiendo, con arreglo a lo establecido en el artículo 64 de la expresada Ley, solicitar ampliación de la información que, caso de ser solicitada, deberá serle remitida en el perentorio plazo de veinte días; lógicamente, sólo cuando la información sea completa, empieza a correr el plazo que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma respectiva tienen para impugnar el acuerdo, si entienden que él incurre en cualquier forma de infracción legal, pudiendo, pero no siendo obligatorio, requerir a la entidad local para que, dentro del plazo que al efecto le conceda, la entidad local requerida proceda a la anulación del acto que se estima ilegal; tal requerimiento deberá ser motivado y formularse en el plazo de los quince días siguientes a la recepción de la comunicación o, en su caso, de los datos ampliatorios solicitados; es decir, transcurrido ese

plazo de quince días, no le es factible a la Administración notificada formular el requerimiento de anulación, pero sí puede impugnarlo en vía jurisdiccional, si todavía se encuentra a tiempo para efectuarlo.

Examinado el caso en autos planteado, es claro que el acuerdo de convocatoria, juntamente con otros varios, fue remitido por el Excelentísimo Ayuntamiento de Bilbao al Gobierno civil de Vizcaya el 8 de mayo de 1985 y como este organismo encontrara insuficientes los datos, con fecha 15 de los indicados mes y año solicitó ampliación de ellos que le fueron facilitados por el Excelentísimo Ayuntamiento de Bilbao el 13 de junio siguiente, según se desprende de la comunicación del inmediato día posterior que figura en autos por fotocopia, con fecha de salida del Gobierno civil de Vizcaya el 17 de los indicados mes y año y cuya autenticidad no se ha discutido; hasta aquí puede estimarse existe unanimidad en la constatación de los hechos y en la hermenéutica de los mismos, lo que ya no sucede posteriormente; en efecto, el Gobierno civil de Vicaya, invocando de nuevo el artículo 64 mencionado, solicita la remisión de las bases de la convocatoria, concediendo de nuevo un plazo de veinte días, con interrupción del plazo establecido para la solicitud de la anulación del acuerdo de convocatoria, siendo facilitadas las bases cuestionadas mediante comunicación de la Alcaldía de Bilbao de 29 de junio de 1985, que tiene entrada en el Gobierno civil de Vicaya el 27 de los indicados mes y año (*sic*), formulándose seguidamente, el 6 de julio siguiente (es la fecha de entrada en la Corporación bilbaína) el requerimiento de anulación del acuerdo, por estimar infringe el artículo 14 de la Constitución, tras de lo cual y como la Corporación mencionada no atendiese el requerimiento efectuado, se interpone recurso jurisdiccional el día 16 de agosto de 1985.

Obviamente, las cuestiones a dilucidar son tres: *a)* Posibilidad de una segunda aplicación de datos; *b)* Determinación de si la solicitud de anulación se halla dentro del plazo establecido en el párrafo segundo del artículo 69 de la Ley de 2 de abril de 1985 sobre bases del régimen local, y *c)* Determinación de si el recurso jurisdiccional se halla dentro del plazo de dos meses a que se refiere el párrafo primero del artículo 55 de la Ley reguladora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: naturalmente, la solución de la última cuestión, que es la esencial, depende de la que, a través de la hermenéutica de los preceptos correspondientes, se dé a las dos cuestiones precedentes.

La primera de ellas debe resolverse negativamente, habida cuenta que no es factible admitir que, mediante una artificiosa solicitud reiterada de datos, se mantenga la incertidumbre y la inseguridad jurídica sobre la eficacia de un acuerdo corporativo; la autoridad estatal e, igualmente, la comunitaria de la autonomía correspondiente, debe ser clara y terminante en la solicitud de los datos ampliatorios,

concretando de una sola vez los que son necesarios, para que ellos sean facilitados dentro del plazo legal de veinte días establecidos y del régimen de armonía y cooperación que deriva del artículo 55 de la Ley; cierto es que si no existe constancia directa o indirecta de lo que falta es difícil tener la previsión indicada, pero no lo es menos que la Ley no autoriza la segunda solicitud de datos y sí, en cambio, que para hacerla la primera vez de forma adecuada, se solicite y aun exija la exhibición del expediente y aun la emisión de algún informe, debiendo, naturalmente, éste realizarse dentro del mismo plazo de facilitación de los datos; en definitiva, no puede estimarse legal la segunda solicitud de datos y todavía menos estimar interrumpido un plazo legal establecido por la sola decisión de la autoridad gubernativa. (Sentencia de 14 de marzo de 1988. Sala Cuarta. Jiménez Hernández. R.A. 1.999.)

2. *En materias asumidas con carácter exclusivo por una Comunidad Autónoma la sujeción al dictamen preceptivo de un órgano estatal ha de venir por la vía de la sujeción voluntaria de la Comunidad Autónoma de que se trate*

«Queda, pues, limitada la cuestión a la omisión del informe —que la Sala de primera instancia considera inexcusable— del Consejo de Estado. Pero en relación con este punto hay que decir que como ya ha declarado este Tribunal Supremo en diversas sentencias —de esta Sala, de 7 y 21 de mayo de 1987, y de la Sala de Revisión, de 23 de octubre de 1987— el informe del Consejo de Estado es un control de tipo interno, no exigible para la perfección de la norma reglamentaria cuya omisión no impide a esta jurisdicción entrar a conocer del fondo del asunto cuando disponga de elementos suficientes. Que la falta de un control administrativo de legalidad no es bastante para impedir el ejercicio de la función jurisdiccional por los Tribunales. Pero es que, además, en el caso que nos ocupa no es preceptivo el informe del Consejo de Estado. Porque el Decreto impugnado —y esto es importante destacarlo, aunque no parece bastante advertido por las partes— guarda conexión con dos leyes distintas, estatal la una —la de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido de 1973—, regional la otra —la de Protección de la Legalidad urbanística de Cataluña, de 1981—. Y, tenemos, además, que esa conexión hace referencia a la dualidad de regulación contenida en el Decreto: la agraria y la urbanística, materias en las cuales la Comunidad catalana tiene ãsumidas competencias con carácter exclusivo (lo que implica potestad legislativa) siquiera pueda y deba sostenerse que en ambos campos tiene también competencia exclusiva el Estado (lo que, para resolver tan paradójica conclusión, obliga a admitir que Estado y Región tienen competencias concurrentes en esas materias). Pues

bien, establecido lo que antecede, resulta que en lo que constituye desarrollo del artículo 43.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario —invocado expresamente en el preámbulo del Decreto—, o sea en lo que supone fijación de unidades mínimas de cultivo, el informe del Consejo de Estado no es necesario porque la citada Ley estatal agraria exige el informe de otros órganos, pero no del Consejo de Estado, y esos órganos —más exactamente: sus equivalentes autonómicos— han informado, según se dijo más arriba. Y por lo que hace a lo que constituye desarrollo de la Ley regional el informe del Consejo de Estado no es necesario pues la Disposición Final 2.^a de dicha Ley catalana no lo exige, con lo que estamos ante uno de los supuestos de especialidad orgánica previstos en el artículo 12 de la Ley estatal reguladora del proceso autonómico. Y esto hay que entenderlo así porque, en materias asumidas con carácter exclusivo por una Comunidad Autónoma, la sujeción al dictamen preceptivo de un órgano estatal ha de venir por la vía de la sujeción voluntaria de la Comunidad Autónoma de que se trate y no por la de un mandato del Estado —aunque adopte la forma de Ley Orgánica—. De otro modo, esta Ley Orgánica estatal habría modificado la previsión constitucional (art. 107) que configura al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno de España, no de las Comunidades Autónomas. Una interpretación maximalista del artículo 23.2 de aquella Ley Orgánica reguladora del Consejo de Estado órgano consultivo estatal sería atentatoria del principio de autonomía, el cual postula como uno de sus contenidos de autoorganización. (Sentencia de 17 de febrero de 1988. Sala Cuarta. González Navarro. R.A. 1.184.)

X. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Interpretación del concepto sentencia firme. Diferenciación entre «motivos casacionales» y «propios del recurso» a efectos de la admisibilidad de la revisión*

La distinción entre motivos casacionales y los que son propios del recurso de revisión es fundamental para determinar qué debe entenderse por sentencia firme, habida cuenta que las partes, al notificárseles la sentencia, tienen conocimiento de que el fallo de la misma contiene pronunciamientos contradictorios entre sí, o respecto de otras anteriores de las Salas Territoriales o del Tribunal Supremo o incurre en incongruencia, infracciones que pueden y deben corregir mediante la interposición de los recursos ordinarios procedentes y, únicamente, acudiendo al extraordinario de revisión cuando el ordinario de apelación no fuere procedente o se hubiere intentado sin éxito, sentido en el que debe interpretarse el concepto de sentencia

firme cuando se trata de motivos casacionales, que son en la práctica la mayoría de los que sirven de fundamento al recurso de revisión en el proceso contencioso-administrativo, sin que la reforma de la casación civil efectuada en el año 1984, con la novedad de admitir en ciertos casos el recurso de casación directo, pueda afectar al recurso de revisión de la Ley Jurisdiccional, que por ser anterior no puede contemplar esta posibilidad, además de que su admisión en el proceso contencioso-administrativo originaría un verdadero aluvión de recursos de revisión, dado que en el proceso civil es infrecuente que exista conformidad en los hechos, mientras que en el proceso contencioso-administrativo esa conformidad viene determinada en no pocos casos por su constancia fehaciente en el expediente administrativo; por el contrario, las partes pueden estar conformes con la fundamentación y pronunciamientos de una sentencia, aquietándose ante la misma, conociendo con posterioridad documentos o condenas que de haber sido tenidos en cuenta en su momento pudieran haber determinado un fallo distinto, por lo que la interpretación del concepto de sentencia firme en estos casos debe equipararse a la pronunciada en proceso que ya está cerrado, es decir, sentencia que ganó firmeza por no ser susceptible de recurso de apelación o simplemente por haberse aquietado las partes ante la misma.

Sin embargo, el principio constitucional de tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución y los principios procesales *pro actione* y *pro recurso* aconsejan la admisión de una excepción en la interpretación del concepto de sentencia firme cuando se trata de motivos casacionales, en los casos en que la parte haya sido inducida a error sobre la improcedencia del recurso de apelación cuando en casos idénticos o similares el Tribunal Supremo ha desestimado los recursos de queja y admitido el recurso de revisión contra sentencias de las Salas Territoriales, como sucede en este caso con los recursos de revisión que finalizaron por sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fechas 22 de diciembre de 1980, 15 de enero, 16 y 19 de febrero de 1982.

En definitiva, si el recurso de revisión en el proceso contencioso-administrativo se fundamenta en los apartados *c)*, *d)*, *e)* y *f)* del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional, el concepto de sentencia firme es equiparable al de proceso cerrado, comprendiendo tanto las sentencias que no son susceptibles de recurso de apelación como las que han ganado firmeza por aquietamiento de las partes, distinto criterio interpretativo ha de aplicarse a los recursos de revisión en que se invocan los apartados *a)*, *b)* y *g)* del mismo precepto, en los que por sentencia firme hay que entender la que no es susceptible de recurso ordinario de apelación o cuando ésta se ha intentado sin éxito, con la excepción para este segundo supuesto de que el

recurrente haya sido inducido a error por resoluciones reiteradas en que el Tribunal Supremo, en casos idénticos o similares, inadmitió los recursos de queja y admitió los de revisión contra sentencias de las Salas Territoriales.» (Sentencia de 24 de marzo de 1988. Recurso extraordinario de revisión. Sala Quinta. González Mallo. R.A. 2.506.)

2. *Existe imposibilidad legal de ejecución de sentencia cuando modificada la ordenación urbanística la ejecución de la sentencia habría de representar un serio obstáculo para la ejecución del nuevo planeamiento*

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

En efecto, la ejecución de la sentencia es una exigencia legal establecida al máximo nivel pues la impone la Constitución no sólo en su artículo 118 sino también en el artículo 24.1 dado que el derecho a la tutela judicial "efectiva" incluye dentro de su contenido, incluso de forma culminante, el derecho a la ejecución de sentencia.

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

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

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

En consecuencia y puesto que el criterio jurisprudencial de Derecho transitorio que acaba de mencionarse conduce, como se ha visto, a la aplicación del planeamiento anterior al vigente al tiempo de

la ejecución, no hay en puridad imposibilidad legal de ejecutar la sentencia: el ordenamiento jurídico, la legalidad en sentido amplísimo, está integrado también por las normas de Derecho transitorio y si éstas determinan la aplicación de la ordenación antigua, tal aplicación y, por tanto, la exclusión de la nueva ordenación resulta perfectamente legal. Lo que sí existirá es una imposibilidad de ejecución del nuevo planeamiento —el ejemplo clásico es el de la licencia otorgada para construir un edificio en medio de lo que va a ser una plaza—.

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

El Derecho administrativo aspira siempre a armonizar la garantía del administrado con la prerrogativa exorbitante que deriva de las exigencias del interés público. El administrado tiene derecho, y ésta es sin duda una muy rigurosa regla general, a la ejecución de la sentencia. Pero la protección del interés público, en los supuestos de cambio de ordenación, puede exigir, y éste es también sin duda un muy excepcional criterio, la no ejecución de la sentencia.

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

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

asegurar una plena indemnidad patrimonial.» (Sentencia de 21 de marzo de 1988. Sala Cuarta. Delgado Barrio. R.A. 2.183.)

XI. BIENES

1. *Montes vecinales en mano común. Terrenos integrantes de la zona marítimo-terrestre y objeto de concesión administrativa*

No se contiene en la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11 de noviembre de 1980, al igual que no se contenía en la anterior Ley de 27 de julio de 1968 y en su Reglamento de 26 de febrero de 1970, así como tampoco en las alusiones a estos Montes en los artículos 4.3 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, 23 de su Reglamento de 22 de febrero de 1962 y 88 y 89 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, todos ellos derogados por la Ley de 27 de julio de 1968, especificación alguna acerca de las características físicas que han de concurrir en ellos. Mas descartada toda referencia al concepto geográfico de monte que necesariamente ha de hacerse por razones obvias, ni la trasposición a la Ley de 11 de noviembre de 1980 del legal contemplado en los artículos 1.º de la Ley de Montes y 4.º de su Reglamento ni el contexto de la misma, como bien se afirma en la sentencia de instancia, permiten llegar a la conclusión a que llegan los apelantes de estar excluidos de tal consideración los terrenos clasificados por dicha sentencia, en razón de su naturaleza marismaña. En efecto, por una parte, la legislación ordinaria de Montes da en sus referidos artículos un concepto amplio al respecto, comprendiendo no sólo las tierras con especies arbóreas y arbustivas, sino también las en que vegeten las de matorral o herbáceas, bien espontáneamente o bien por efecto de la plantación o siempre, así como las que sean susceptibles de tenerlas, siempre que no estén destinadas de modo permanente a un cultivo agrícola o a prados ni a fines científicos, y la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, en su Disposición Final quinta, comprende expresamente al destino agrícola o ganadero en la conceptualización de un terreno como Monte Vecinal en Mano Común, por otra parte. Siendo además hecho incontestable la posibilidad de las marismas, por su encharcamiento no permanente, de producir espontáneamente plantas herbáceas susceptibles de aprovechamiento con mayor o menor rendimiento económico.

La circunstancia de haber sido deslindados los terrenos clasificados en la sentencia apelada como Montes Vecinales en Mano Común como integrantes de la zona marítimo-terrestre y la de haber sido objeto de concesión administrativa son incidencias que en modo alguno pueden obstar a dicha clasificación, sin perjuicio de que tanto la Administra-

ción concedente como las entidades concesionarias puedan hacer valer ulteriormente sus derechos, aquélla en el juicio civil correspondiente y ante los Tribunales competentes, y éstas en la forma que se desprende de la norma a) de la Disposición final quinta de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre. En primer lugar, el deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre, tal como está configurado en nuestro Derecho, carece de valor alguno respecto de la propiedad, reduciendo su alcance a fijar sobre el terreno una situación posesoria de hecho y, por ende, relativa al *ius possessionis* y no al *ius possidendi*; en segundo término, salvando así con ello los efectos presuntivos del deslinde, tanto de sus precedentes legislativos como de los artículos 7.º, 8.º, 9.º y 11 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, 6.º de su Reglamento de igual fecha y 1.º de la Ley 28/1969, de 26 de abril, sobre Costas, se desprende la compatibilidad del dominio público sobre la zona marítimo-terrestre con la existencia en ella de enclaves de propiedad privada, e incluso en el artículo 48 de la Ley de Puertos se contempla la existencia de marismas, que conforme al artículo 2.º del Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, forman parte de la zona marítimo-terrestre, igual del dominio público del Estado que de propiedad municipal, de propios y comunales, y de propiedad particular; en tercer lugar, lo mismo en el artículo 1.º de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 27 de julio de 1968 que en el 12 de la de 11 de noviembre de 1980, se allanan obstáculos tan importantes como pueda serlo la existencia de un deslinde de la zona marítimo-terrestre, los de inclusión en catálogos, inventarios o registros públicos con asignación de diferente titularidad, a los efectos de la oportuna clasificación; y finalmente, la concesión de un terreno como de marisma, posibilidad contemplada en los artículos 48, 51 y 52 de la Ley de Puertos y 92, 93, 94 y 99 de su Reglamento, es una circunstancia que por indudables razones analógicas con las previstas en la disposición final quinta de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, no constituye óbice alguno a su clasificación como Monte Vecinal en Mano Común, al ser una posibilidad prevista por el legislador en términos perfectamente generalizables y con la adecuada solución a fin de respetar todos los derechos derivados de ella sin menoscabo de los de la comunidad titular del Monte.

La correspondencia de la situación fáctica y jurídica de los terrenos denominados «Xunqueira de Gándara o Bao» y «Xunqueira de Cobo» con las características que configuran la especial comunidad de los Montes Vecinales en Mano Común, es decir, y según una constante mantenida en nuestra legislación positiva desde la Ley de Montes hasta su actual Ley reguladora, pasando por el Reglamento de aquella Ley, la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia y la Ley de 27 de julio de 1968 y su Reglamento, la pertenencia sin

asignación de cuotas a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas, y el aprovechamiento en mano común consuetudinario por los miembros de aquélla en su condición de vecinos es extremo sobre el que la respuesta afirmativa de la sentencia de instancia ha de necesariamente mantenerse. Además de las referencias periodísticas al particular, admisibles con las naturales cautelas, son pruebas que avalan esta conclusión, su constancia como «emolumentos del común» en el libro *Real de Legos del Catastro del Marqués de la Ensenada* del año 1753, en que se hace constar, por cierto, que los cubre la mar cuando es viva, y en los autos de las visitas a las Reales Dehesas de Pontevedra y su jurisdicción de 1784; su inclusión en la Relación Clasificada de todos los Montes de la Provincia y Partido Judicial de Pontevedra de 1847 como poseídos por el común de los vecinos y con producción de juntos bravos —plantas de aprovechamiento ganadero—, sin que revista interés la nota de carencia de títulos de propiedad al efecto, a la vista del contenido de la Real Orden de 23 de mayo de 1846; los escritos de los vecinos e informaciones testificales hechas por los mismos al Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra en 1861 a fin de probar que habían sido siempre de aprovechamiento en común para ser exceptuados de venta, lo que pese a no haberse admitido en aquel momento a ese efecto, es dato de sumo interés si se tiene en cuenta que no se vendieron, al igual que no se vendieron otros de Creciente y que el Jurado clasificó; y finalmente, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra el 9 de septiembre de 1981 la que aún pronunciada en interdicto de obra nueva, al analizar la prueba, y con referencia a las «Xunqueira de la Gándara o Bao», reputa acreditando su posesión inmemorial por los vecinos de Lérez y el aprovechamiento por ellos de sus producciones. (Sentencia de 22 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Barrio Iglesias. R.A. 1384.)

2. *Intervención de las Alcaldías en materia de Policía de Aguas a instancia de los particulares. Limitada a los supuestos de sondeos clandestinos o al margen de la autoridad administrativa de industria*

«Apartadas estas dos cuestiones, pertinente es abordar la cuestión de fondo en autos planteada, la cual es resuelta adecuadamente por la sentencia de instancia al desestimar el recurso jurisdiccional interpuesto contra las resoluciones del Excmo. Sr. Gobernador de Almería, pues lo cierto es que el mencionado artículo 23 de la Ley de Aguas, por lo que se refiere a la intervención de las Alcaldías en materia de policía de aguas a instancia de los particulares, ha quedado sumamente reducida, como claramente resulta de la Sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 1987, pues

establecida la intervención de la autoridad administrativa de Industria a través de las Secciones de Minas, la actuación de éstas elimina toda posibilidad de actuación abusiva; es decir, en la situación actual, tras los Decretos de 23 de agosto de 1934, el segundo de ellos aprobatorio del Reglamento de la Policía Minera, la posibilidad de actuación de los Alcaldes en el supuesto mencionado, queda reducida a los supuestos de sondeos clandestinos o al margen de la citada autoridad administrativa de industria y éste, realmente, no era el caso de autos, como ha quedado constatado, siendo lógico, como señala la sentencia de instancia, que el artículo 116 de la Ley de Minas de 1973, prohíba expresamente la intervención de toda otra autoridad administrativa, cuando esté actuando la de industria, por cuanto, cualquier irregularidad que en el caso pueda darse debe ser resuelto por ésta, acudiendo expresamente a ella; es decir, resulta indiferente que las obras de sondeo, aforo e instalaciones de bombas y grupos electrógenos se hallasen o no terminados, pues siendo clara la precedente intervención de la Sección de Minas de Almería, era a este organismo al que, en su caso se podía y debía acudir, y que la Alcaldía de Huercal-Overa, obviamente, carecía de competencia sobre el caso en razón a las circunstancias concurrentes. (Sentencia de 22 de enero de 1988. Sala Cuarta. Jiménez Hernández. R.A. 328.)

XII. SERVICIO PUBLICO

1. *Potestad correctiva de la Administración sobre las concesionarias. Naturaleza «contractual» de la concesión. En el ámbito de la responsabilidad del concesionario no funciona el principio de legalidad ni la presunción de inocencia*

En dos recientes sentencias —21 y 28 de diciembre de 1987—, decíamos ya, con estas mismas palabras, que la concesión de bienes o de servicios, como una de las modalidades típicas para la gestión de actividades públicas, ofrece un mercado, aun cuando no exclusivo, talante contractual, según ha reconocido explícitamente esta misma Sala en muchas ocasiones anteriores.

Es suficientemente conocido que tal negocio jurídico, de naturaleza indiscutiblemente administrativa, tiene por origen una oferta al público que formula la Administración y una simétrica propuesta de los particulares, estructura bilateral y además sinalagmática que una vez perfeccionada sustantiva y formalmente, crea un complejo entramado de derechos subjetivos y obligaciones recíprocas. Esta situación constituye el fundamento del problema que ahora nos ocupa. En efecto, la Compañía Arrendataria del Monopolio (estatal) de Petróleos (CAMPSA) actúa con carácter vicario respecto de la

Administración General del Estado y ha configurado el suministro y venta de sus productos consumidores mediante la concesión de las estaciones de servicio.

En tal situación, el concesionario tiene como primera y principal obligación la de prestar el servicio del modo dispuesto en las cláusulas pactadas o del ordenado posteriormente por la Compañía concedente. Esta, a su vez, dispone de una serie de facultades para conseguir que tal obligación, primera y principal, se cumpla. Entre ellas, se encuentra la de fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el Servicio, sus obras, instalaciones y locales e incluso su documentación, así como imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere. El esquema descrito, en la parte que aquí interesa, aparece subyacente en las diversas normas reguladoras del sector —Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos objeto del Monopolio de Petróleos de 10 de abril de 1980—, así como en el pliego de condiciones correspondiente que sirve de soporte a cada concesión concreta. Es también el diseño que acepta el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (arts. 114 al 138), que por supuesto carece de eficacia normativa en este ámbito, pero cuya utilidad para orientar el razonamiento jurídico resulta evidente, por la claridad de su exposición y la solidez de la construcción dogmática que le sirve de soporte.

En consecuencia, la potestad correctiva nacida de la concesión, con un notable contenido convencional, es muy distinta de la potestad sancionadora genérica a la cual alude el artículo 25 de la Constitución, equiparándola en su esencia al «ius puniendi» como fundamento de la Ley penal, según ha reconocido tanto este Tribunal Supremo, desde nuestra sentencia de 9 de febrero de 1972, como el Constitucional, a partir de la que lleva fecha 8 de junio de 1981. Los elementos subjetivos, objetivos y causales de cada una de ellas son muy distintos. En aquélla se trata de particulares encargados de gestionar un servicio público, como consecuencia de vulnerar las condiciones y reglas, las obligaciones de la concesión, en una posición de sujeción especial. La potestad sancionadora, en cambio, se dirige a los ciudadanos como tales a consecuencia de un acto ilícito, tipificado por la Ley, en la posición de sujeción general que a todos nos comprende.

Se trata, pues, con todas las cautelas que exige una tal calificación, de dos tipos de responsabilidades, una de origen contractual y la otra de origen extracontractual, autónoma. En definitiva, no son transportables entre sí los principios rectores y el régimen jurídico propio de cada una de tales modalidades. Así pues, en el ámbito de la responsabilidad del concesionario no funciona el principio de legalidad, con todas las consecuencias inherentes, ni la

presunción de inocencia. No se contempla aquí una infracción administrativa en el estricto sentido de la expresión (acción u omisión contraria a la Ley, tipificada y culpable) sino del incumplimiento de una obligación contractual aceptada voluntariamente. Tal incumplimiento es imputable objetivamente al concesionario, mientras no pruebe la culpa del concedente, aun cuando el autor de la vulneración fuera un empleado suyo, pues aquí entra en juego la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, con arraigo milenario en el Derecho común. En definitiva, una vez comprobado que los aparatos surtidores de la Estación de Servicio de Sigres podían suministrar carburante sin estar a cero el marcador, resulta claro que tal anomalía vulnera uno de los principales deberes a cargo del concesionario, abstracción hecha de quién manipulara los combustibles y en qué momento, ya que a los efectos de su responsabilidad es indiferente la malicia propia —dolo— o la eventual negligencia —culpa— en comprobar la pureza de lo suministrado por el distribuidor al hacer la entrega o en controlar la conducta de los empleados o servidores. (Sentencia de 30 de enero de 1988. Sala Tercera. Mendizábal Allende. R.A. 178.)

2. *Actividad de prestación de servicios mediante autotaxis. Servicio público impropio*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Sentencia apelada)

Es evidente que la actividad de prestación de servicio, mediante autotaxi u otros automóviles ligeros, tiene las características de un servicio público impropio, ya que no se trata de una actividad pública que se concede a los particulares, sino de una profesión u oficio en principio privado, pero que en virtud de su interés para la comunidad se somete a intervención o reglamentación, mediante la promulgación de una normativa general estatal en desarrollo o adaptación en los Reglamentos municipales y el otorgamiento individualizado de las licencias, publicación del servicio que permite e incluso exige el que puedan establecerse determinadas condiciones en el otorgamiento de las licencias, para adecuarlas a las necesidades e intereses de la comunidad local en que van a utilizarse, entre ellas el señalamiento de paradas en determinados lugares para la mejor difusión del servicio, que fue lo que sucedió en el caso presente, en que las licencias de autotaxi otorgadas a los recurrentes fueron concedidas con el condicionamiento de parada en Guillarey-Estación y en Paramos, por lo que no puede decirse en modo alguno, como se hace en la demanda casi como única fundamentación, que los acuerdos

impugnados infringen el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la sentencia recurrida.

La sentencia apelada calificó acertadamente el servicio de auto-taxi de impropio servicio público, porque constituye una actividad privada puesta a disposición de los usuarios mediante una autorización expresa otorgada por la Administración, en cada caso, y, por consiguiente, ejercitable bajo los concretos términos y condiciones en que se concede, abstracción hecha de otras autorizaciones otorgadas a otros prestadores del servicio, por lo que no puede invocarse con éxito el principio de igualdad que proclama la Constitución, como hacen los apelantes reiterando el argumento esgrimido en primera instancia, que rebatió adecuadamente el Tribunal *a quo*.

En efecto, la autorización que en este caso fue concedida a cada uno de los apelantes fijaba una concreta parada o lugar de situación del vehículo, excluyendo del ejercicio de la actividad en otras zonas distintas, sin que después sea posible pretender que ésta se realice donde se efectuaba por otros prestadores del servicio, amparados, a su vez, por correlativas autorizaciones menos limitativas o de mayor amplitud, porque la relación jurídica individualizada entre la Administración y aquéllos, legítima a éstos tan sólo para conseguir que aquélla respete y garantice el ejercicio de la actividad autorizada en ese punto o sector geográfico concretamente previsto, según desde un principio fue mutuamente convenido e incondicionalmente consentido por los que resultaron autorizados, los que, después, de modo unilateral, no pueden pretender que se modifiquen los términos de la autorización ni que el contenido de ésta se amplíe por el simple hecho de que sea más permisivo el de otras personas dedicadas a idéntica actividad, por la elemental circunstancia de que no son iguales las situaciones jurídicas de unos y otras ni consiguientemente, sus derechos adquiridos, lo que no supone, desde otro punto de vista, que con ello se quebrante la libertad de los recurrentes, que también éstos invocan, ya que para ejercerla en estos casos es preciso cumplir las condiciones establecidas en la preceptiva autorización, sin la que aquélla no puede usarse con el carácter abstracto y absoluto con que los mismos la entienden, por lo que tampoco puede aducirse que el acto administrativo impugnado conculque la normativa que se contiene en el Reglamento Nacional citado en los «Vistos», de suerte que la solución adoptada por la sentencia apelada deviene confirmable.

(Sentencia de 22 de enero de 1988. Sala Cuarta. Reyes Monterreal. R.A. 323.)

XIII. URBANISMO

1. *Competencia para determinar el modelo territorial de los planes de ordenación. Coordinación entre las distintas Administraciones territoriales e inserción del modelo territorial propuesto por el Ayuntamiento en el previsto en los instrumentos de planeamiento urbanístico superior. La existencia de controles superiores no se opone a la idea de autonomía local*

Por la parte apelante, en su alegación cuarta, que en realidad es la tercera por no existir ninguna bajo esta ordinal, y no obstante haber manifestado anteriormente estar conforme con lo expuesto en los apartados B) y C) del cuarto fundamento de Derecho de la sentencia recurrida, cuestiona la potestad del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña para controlar por motivos de oportunidad el Plan General de Ordenación de Tarrasa, al entender que el control de oportunidad sólo podía ejercitarlo, en el caso presente, en aquellas determinaciones del Plan que afectasen el ámbito de sus propias competencias: coordinación con la actuación de otras Administraciones territoriales e inserción del modelo territorial propuesto por el Ayuntamiento en el previsto en los instrumentos de planeamiento urbanístico superior (Plan Director Territorial, Plan de Costas, Plan de Carreteras, Parques Naturales, etc.); mas nunca en el ámbito de competencias del Ayuntamiento de Tarrasa, por infringirse con ello el principio de autonomía municipal proclamado por el artículo 140 de la Constitución Española. No es admisible esta alegación del apelante, sólo compatible con una equivocada idea de la autonomía, que por no ser soberanía no se opone a la existencia de controles superiores sobre los actos del órgano autónomo, y que hace perfectamente compatibles en materia de urbanismo la autonomía municipal y la fiscalización o tutela de instancias superiores, cada una en orden a gestionar sus respectivos intereses, como indica el artículo 137 de la propia Constitución, sean éstas el Estado o las Comunidades Autónomas, a las que esta misma Ley Fundamental, en su artículo 148.3 permite asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, naturalmente correspondientes al Estado, ya que el urbanismo no es por esencia atribuible totalmente a una sola esfera administrativa, al afectar a todas, por todas deber necesariamente intervenir si se quiere que se produzca armónicamente y no se produzcan distorsiones en una íntegra ordenación del territorio nacional. Por ello, ha de

reputarse perfectamente ajustado a la Constitución, pese a ser preconstitucional la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el sistema de esta Ley, en el que sobre la base de encomendar la dirección de la actividad urbanística al Estado, hoy también a las Comunidades Autónomas, y de únicamente asignar a los Ayuntamientos las facultades que siendo de índole local no hubiesen sido atribuidas expresamente por ella a otros organismos (art. 5.º y 214), se efectúa un reparto competente en la materia que nos ocupa (arts. 31, 35, 40 y 41), en el que se hace propio de los Ayuntamientos la formulación del Plan General, así como sus aprobaciones inicial y provisional, y se reserva al Estado o Comunidad Autónoma, en su caso, su aprobación definitiva, trámite en el cual el Plan puede ser examinado en todos sus aspectos sin restricción alguna y, por tanto, no sólo en cuanto a su legalidad formal o material, sino respecto de su oportunidad y conveniencia, tanto para coordinar las soluciones ofrecidas desde el punto de vista local con las previstas por otras Administraciones, como para garantizar el acierto técnico de éstas desde una perspectiva más amplia y menos localista. Corroboración de lo cual cabe hallarla en un texto preconstitucional, la Ley 7/1985, de 2 de abril y reguladora de las Bases del Régimen Local, en el artículo 25 de la cual se expresa que las competencias de los Municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística se ejercerán en todo caso en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. (Sentencia de 5 de marzo de 1988. Sala cuarta. Barrio Iglesias. R.A. 1.784.)

2. *Cesión de suelo destinado a sistemas generales de espacios libres. Municipio dotado de Normas Subsidiarias del Planeamiento. No es viable la cesión de terrenos en sectores con exceso de aprovechamiento medio*

Con este punto de partida importa ya advertir que la naturaleza normativa de los planes —y por tanto de las Normas Subsidiarias que, en cuanto verdaderos «planes reducidos», participan de la naturaleza de los planes urbanísticos permite con claridad una impugnación indirecta de los mismos a través del cauce previsto en el artículo 39.2 de la Ley Jurisdiccional, cauce este que resulta practicable no sólo cuando se dicta una «acto» de aplicación sino cuando se produce una «norma» de desarrollo de otra de rango superior.

Nuestro Ordenamiento urbanístico tiene una estructura bifásica claramente anunciada en el artículo 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, integrándose así, de una parte, por la mencionada Ley y sus Reglamentos de desarrollo, y de otra, por el planeamiento al que se remite aquella normativa primaria para la concreción espacial de

sus criterios. Es evidente, pues, la subordinación jerárquica del planeamiento a la regulación general contenida en la Ley del Suelo y sus Reglamentos.

Y de ello deriva que a la hora de impugnar un Plan parcial puede perfectamente invocarse la ilegalidad del Plan general o de las Normas Subsidiarias que constituyen —uno u otras— el presupuesto habilitante de la redacción del Plan parcial —art. 13.1, párrafo segundo, del Texto Refundido.

La cesión discutida va referida precisamente a suelo destinado a sistemas generales, tema éste que constituyó una de las preocupaciones fundamentales de la Reforma de 1975, sobre cuya base se reguló desde el tipo de Plan que legitimaba la ejecución de dichos sistemas —Plan especial o, en su caso, Plan parcial, arts. 33.1 del Reglamento de Planeamiento, 31.4 del Reglamento de Gestión, etcétera— hasta el coste de su realización —se carga sobre la Administración, art. 63.3 del Reglamento de Planeamiento, salvo la posibilidad de contribuciones especiales, art. 145 del Texto Refundido—, pasando naturalmente por el problema de la adquisición del suelo afectado a los sistemas generales.

Tal adquisición ha de verificarse bien a través de la técnica tradicional de la expropiación forzosa —arts. 134.2 del Texto Refundido, 55, 194.a) del Reglamento de Gestión, etc.—, bien sustituyéndola por la adjudicación de terrenos en sectores que tengan exceso sobre el aprovechamiento medio que el Plan establece para todo el suelo urbanizable programado —arts. 84.2 del Texto Refundido, 46.3.b), 50.2 del Reglamento de Gestión, etc.

De lo expuesto deriva que la adquisición de los terrenos destinados a sistemas generales se lleva a cabo con cargo a los propietarios cuando el sector tiene efectivamente un exceso de aprovechamiento medio. Las cesiones del artículo 84.3.a) del Texto Refundido se refieren a los sistemas parciales o sectoriales establecidos en el Plan parcial —pero no a los sistemas generales determinados en el Plan general—, dado que éstos operan en beneficio de la comunidad general y no sólo al servicio del sector.

Ocurre, sin embargo, que las Normas Subsidiarias del Planeamiento pueden dibujar «áreas aptas para la urbanización» —art. 91.b) del Reglamento de Planeamiento— con un régimen jurídico fundamentalmente análogo —no idéntico— al del suelo urbanizable. Pero como en tales Normas no figura la determinación del aprovechamiento medio global correspondiente a la totalidad de las mencionadas áreas, quisiérese decir que en éstas la adquisición de los terrenos destinados a sistemas generales queda remitida a la técnica propia de la expropiación forzosa, sin que por tanto sea viable la cesión de terrenos en sectores con exceso de aprovechamiento medio, al no resultar posible determinar si concurre o no dicho exceso. Una cesión

impuesta en dichas áreas sin contar con el dato del aprovechamiento medio, al no resultar posible determinar si concurre o no dicho exceso. Una cesión impuesta en dichas áreas sin contar con el dato del aprovechamiento medio general puede resultar arbitraria y, en definitiva, impuesta con carácter general y con un criterio cuantitativamente fijo para todos los terrenos resulta ilegal al no producirse su concreción con referencia precisa a la relación con el aprovechamiento medio de la totalidad que es lo que prescribe el artículo 84.2 del Texto Refundido.

Lo expuesto se corrobora con un estudio conjunto de los artículos 46.3 y 57.1 del Reglamento de gestión que regulan las cesiones, respectivamente, en el suelo urbanizable programado —definido en un Plan general sin o con Programa de Actuación Urbanística— y en las áreas aptas para la urbanización —derivadas de las Normas Subsidiarias—, examen este que conduce a la conclusión de que en tales áreas no opera la cesión del artículo 46.3.b) —cesión de aprovechamiento en los sectores con exceso.

En último término habrá que señalar que lo que acaba de indicarse parece implicar, para algunos supuestos, una situación de desigualdad de los propietarios de terrenos en suelo urbanizable programado, por un lado, y de los propietarios de suelo en las áreas aptas para la urbanización, por otro. Sin embargo, tal desigualdad queda corregida si se piensa que en tales áreas, por razón de su situación y características, puede llegar a ser necesaria una intensificación o ampliación de los sistemas parciales o sectoriales, con el consiguiente incremento de las cesiones procedentes por este concepto —art. 57.1 en relación con el art. 46.3.a) del Reglamento de gestión.

La cesión de terrenos que ahora se discute no resulta subsumible en el artículo 46.3.a) —al que se remite el art. 57.1— del Reglamento de gestión, pues tal precepto se refiere no a los sistemas generales sino a los sistemas parciales o sectoriales, es decir, a los definidos en un Plan parcial que son los que determinan las cesiones a que se refiere el artículo 84.3.a) del Texto Refundido. Son los sistemas parciales o sectoriales los por sí mismos, en razón de su localizada función, y con independencia del juego del aprovechamiento medio determinan la cesión obligatoria y gratuita, precisamente porque están concebidos en beneficio del sector, a diferencia de los sistemas generales que operan en función de las necesidades de la comunidad municipal en general.

Por otra parte, no existe base para entender que la cesión impuesta expresamente referida a los sistemas generales, pueda considerarse imputable a los sistemas parciales o sectoriales. (Sentencia de 22 de enero de 1988. Sala cuarta. Delgado Barrio. R.A. 330.)

3. *Reparcelación económica. Consiste en compensar a aquellos propietarios que ven disminuidas o anuladas sus posibilidades de edificación, bien por las prescripciones del planeamiento aplicable, bien por la no adecuada distribución de la volumetría total*

En cuanto a la posibilidad de iniciación del expediente de reparcelación dieciséis años después de la aprobación del plan parcial, no existe precepto alguno que lo impida, autorizando el bien el artículo 80 del texto de 12 de mayo de 1956, a los Ayuntamientos a tomar la iniciativa de la reparcelación que tendrá por finalidad, según establecía el párrafo segundo del artículo 77 del citado texto, tanto regularizar la configuración de las parcelas cuanto distribuir justamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación, siguiéndose de ello que en cualquier momento puede realizarse la apertura de tal expediente, en tanto no se haya extinguido los derechos de los particulares interesados en tal operación; y no se alegue cuál efectúa la parte recurrida, el contenido de la transitoria quinta, por cuanto el texto utilizado, quizá por error, corresponde al texto de 12 de mayo de 1956, con lo cual es claro que tal transitoria trataba de regular el paso de las situaciones urbanísticas anteriores a la vigencia de la citada Ley de 1956 a las por tal Ley reguladas, lo que la hace inaplicable al caso de autos, que parte ya de la vigencia y aplicabilidad de tal Ley.

En cuanto a la situación fáctica a considerar, necesario es tener en cuenta diversos aspectos de la misma, cuales son los siguientes: *a)* la desestimación de la reclamación formulada por los titulares dominicales de la clínica «P.» en el trámite de información pública, alegándose en 23 de noviembre de 1967 que era evidente que, en su día, podría edificarse en sus terrenos, nada significa, pues a lo que se deduce de la propia alegación de la sociedad recurrida en su escrito de demanda y ahora en el de alegaciones como apelada, son dos cuestiones distintas, la edificabilidad, que sin duda alguna existe, por cuanto a la citada finca se le asignan treinta mil metros cúbicos, como se reconoce en el citado escrito y la suficiencia o insuficiencia y aun exceso de la asignación de tal volumetría sólo realmente determinable a través de un expediente de reparcelación; *b)* tampoco es de tener en cuenta la petición de L., S.A. relativa a aceptar a la reparcelación una mayor superficie que la del polígono, por cuanto, con independencia de que no se facilitan las motivaciones o razones de tal petición, lo cierto es que se saca a relucir un asunto pretérito, acaecido en 1979 y, por consecuencia, ya precluido, habida cuenta que según señala la mercantil actualmente litigante, la sociedad mencionada L., S.A. no insistió en la pretensión cuando la vio desatendida, y *c)* tampoco constituye inconveniente la edificación de una gran parte del polígono reparcelable, más del 50 por 100, según

la sociedad litigante, por cuanto aunque es cierto que la reparcelación no implica el derribo de edificaciones realizadas ya con arreglo al plan parcial, nada impide se lleve a efecto la denominada reparcelación económica, consistente en compensar a aquellos propietarios que ven disminuidas y aun anuladas sus posibilidades de edificación, bien por las prescripciones del planeamiento aplicable, bien por la no adecuada distribución de la volumetría total. (Sentencia de 19 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Jiménez Hernández. R.A. 1.189.)

4. *Sistema de compensación. El Ayuntamiento titular del 10 por 100 del aprovechamiento medio debe contribuir proporcionalmente a los gastos de urbanización, cualquiera que sea el sistema de actuación que se siga*

Dándose, por lo expuesto, las identidades exigidas por el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, se impone señalar cuál de dichas sentencias contradictorias recoge la doctrina exacta. Y en este sentido ha de afirmarse que la correcta es la dictada por la que se pretende revisar de 28 de mayo de 1985, habida cuenta: a) No existir razón alguna, atendiendo a los principios que informan tanto el sistema de cooperación como el de compensación, para que la contribución a los gastos de urbanización por parte del Ayuntamiento sea exigible en el primero de estos sistemas y no en el segundo, ya que al fin y al cabo la diferencia entre uno y otro está en quién asume la gestión de la urbanización, encomendada en el de cooperación al Ayuntamiento y en el de compensación a la Junta de Compensación; b) No debe confundir la cesión del aprovechamiento medio apto para ser edificado con al cesión del 10 por 100 para viales, zonas verdes y servicios que impone la Ley para el suelo ya urbanizado, dado que, en este último, juega en beneficio exclusivo del propietario afectado y aquélla en interés también del Ayuntamiento; c) Haber declarado la propia Sala 4.^a de este Alto Tribunal en la sentencia de 5 de febrero de 1985 «que si bien es cierto que el artículo 186 del Reglamento de Gestión Urbanística impone la contribución municipal a los gastos de urbanización en el sistema de cooperación sin que exista un precepto homólogo en el capítulo dedicado al de compensación, no es menos cierto que de ello no es lícito deducir *a sensu contrario* que el Ayuntamiento propietario del 10 por 100, en el sistema de compensación debe quedar eximido de toda contribución a los gastos, pues es bien sabido que, en buena hermenéutica, el silencio del legislador sobre un punto determinado, no puede interpretarse en sentido positivo ni negativo, por sí mismo, salvo precepto expreso que así lo disponga, sino que debe dilucidarse en razón de la lógica interna del propio precepto y del conjunto normativo en que se inserta»; «que la tesis de que el Ayuntamiento titular del 10 por 100 del aprovecha-

miento medio debe contribuir proporcionalmente a los gastos de urbanización, cualquiera que sea el sistema de actuación que se siga, viene avalada por la siguiente: 1) La Ley nada dice sobre este punto, por lo que son admisibles diversas interpretaciones, de las cuales una ha quedado perfectamente concretada en el artículo 186 del Reglamento de Gestión Urbanística respecto del sistema de cooperación, que por haberse producido dentro del ámbito interpretativo propio de la potestad reglamentaria, no puede ser tachada de ilegalidad; 2) No existe razón alguna *a fortiori* para que la misma regla no se aplique al sistema de compensación, dado que, como es sabido, los propietarios, en este último sistema, asumen mayores cargas y responsabilidades que en el de cooperación, por lo que nada puede justificar que se les haga de peor condición a la hora de la contribución a los gastos; 3) Esta interpretación se corrobora con lo dispuesto en el artículo 163 del citado Reglamento de Gestión que establece que "las Entidades públicas titulares de bienes, incluidos en el polígono o unidad de actuación, ya tengan carácter demanial o patrimonial, se integrarán en la Junta de Compensación con plenitud de derechos, lo que de suyo implica tanto participación en las decisiones y provechos como en las cargas, debiendo destacar que si esta condición la determina la sola titularidad de bienes demaniales, con mayor razón deberá atribuirle el 10 por 100 del aprovechamiento medio, que se materializa en terrenos destinados a ser comercializados en el mercado libre, y 4) Lo corrobora asimismo el artículo 168 del mismo Reglamento al afirmar que "todos" los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación "quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema", lo que significa que estas obligaciones constituyen "cargas reales" *ob rem*, que se imponen a quien quiera que sea el titular de los terrenos, sin que pueda admitirse ninguna excepción que no esté expresamente determinada en un precepto legal»; d) Haber sido ratificada la anterior doctrina por la sentencia de la misma Sala de 28 de mayo de 1985, que señala también «que la circunstancia de que el Reglamento de Gestión no contenga disposición que establezca para el sistema de compensación la misma obligación que impone en su artículo 186 para el de cooperación, no constituye argumento suficiente para entender que el Ayuntamiento está exento de dicha obligación en el primero de dichos sistemas, en cuanto que los principios que informan el ordenamiento urbanístico, unidos a la contemplación de alguno de sus preceptos como son el artículo 120.2 de la Ley y el 126.1 de Reglamento antes citado, conducen a la conclusión contraria de entender que la cesión obligatoria y gratuita del 10 por 100 de aprovechamiento medio se origina antes de ejecutar la urbanización, cualquiera que sea el sistema de actuación elegido, y por tanto en todo caso el Ayuntamiento viene obligado a

participar proporcionalmente en los gastos de urbanización en idéntica forma a la que corresponda a los demás propietarios implicados, tanto por razones de técnica jurídica como por motivos de justicia material, incompatible con todo resultado de enriquecimiento injusto». E igualmente por la más reciente de 18 de mayo de 1987, en la que después de poner de manifiesto las soluciones contradictorias dadas por la jurisprudencia, entiende que la solución más coherente con el sistema es la de que el Municipio participe en los costes de urbanización por ser el criterio reglamentario en el sistema de cooperación. (Sentencia de 28 de enero de 1988. Sala Cuarta. Recurso extraordinario de revisión. Fuentes Lojo. R.A. 865.)

5. *Solicitud de suspensión de efectos de licencia realizada por particular. Es la Administración, cuando actúe de oficio, y en su caso el administrado que ejercita la acción pública quien soporta la carga de la prueba de la infracción urbanística manifiestamente grave*

Bien conocida es la importancia de la instancia del administrado que provoca la incoación del procedimiento administrativo, pues ella es la que en principio determina el contenido de dicho procedimiento y por consecuencia el del recurso contencioso-administrativo. En el supuesto de estos autos el expediente aportado aparece incompleto; no obstante y en razón de lo que se indica en el folio 10 cabe pensar que se inició a virtud de escrito del hoy apelante dirigido al Ayuntamiento con objeto de conseguir la suspensión de los efectos de una licencia urbanística y en último término la paralización de las obras realizadas al amparo de aquélla, escrito este que debía fundarse en lo dispuesto en el artículo 186 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.

A la hora de definir la posición de los administrados en relación con el mencionado artículo 186 será de advertir que éste está atribuyendo una potestad a la Administración que en principio no está pensada para actuar a instancia del administrado. Ahora bien, siendo pública la acción para exigir la observancia del ordenamiento urbanístico —art. 235— y formando parte de éste el artículo 186, ha de concluirse que los administrados pueden perfectamente instar de la Administración la adopción de las medidas previstas en aquél poniendo en su conocimiento los hechos que en su sentir constituyan manifiestamente una infracción urbanística grave.

Ya en este momento, conocidos los hechos por la Administración, ésta ha de estudiarlos para dictar la resolución procedente en Derecho —art. 219 del Texto Refundido— y cuyo contenido naturalmente variará según los casos: a) si se entiende que efectivamente existe la infracción mencionada, la Administración «deberá» proceder

en los términos previstos en el artículo 186, sin que se trate por lo tanto de una actuación discrecional o de pura oportunidad, sino de una necesidad jurídica rigurosa; *b)* por el contrario, si la Administración llega a la conclusión de que no existe una infracción urbanística de las características señaladas en aquel precepto, es claro que no podrá utilizar el cauce establecido en el artículo 186, pero su resolución negativa será impugnabile ante los Tribunales. (Sentencia de 29 de febrero de 1988. Sala Cuarta. Delgado Barrio. R.A. 1.500.)

