

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Retroactividad*: 1. Artículo 2.º, 3 del Código Civil. 2. Normas procesales. B) *Derogación*. C) *Reglamento*.—II. ACTO: A) *Naturaleza*. B) *Clases*. C) *Suspensión*. D) *Desviación de poder*: 1. *Acreditación*. 2. *Admisión de la misma*.—III. CONTRATOS: A) *Subasta*. B) *Ejecución*. C) *Equilibrio financiero*: 1. *Elementos*. 2. *Valor del principio*. D) *Resolución*.—IV. DOMINIO PÚBLICO: A) *Utilización*. B) *Zona marítimo-terrestre*. *Enclaves privados*. C) *Concesión de marismas*. V. EXPROPIACIÓN FORZOSA.—VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL.—VII. UNIVERSIDADES: 1. *Autonomía universitaria*. 2. *Carecen de personalidad jurídica a efectos del artículo 28, 4, a), de la LJ*.—VIII. COLEGIOS PROFESIONALES: A) *Régimen sancionador*. B) *Régimen jurídico*.—IX. LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Principio de igualdad*. B) *Libertad de expresión*. C) *Libertad sindical*. D) *Libertad de asociación*.—X. SANCIONES: A) *Sanción penal y sanción administrativa*. B) *Prueba*. C) *Sanción de plano*. D) *Arresto sustitutorio*. E) *Prescripción*. *Irretroactividad*.—XI. ECONOMÍA: *Libertad de empresa*: 1. *Medidas limitadoras*. 2. *Principio de economía de mercado*.—XII. MEDIO AMBIENTE: *Organos competentes*.—XIII. URBANISMO: A) *Planificación*. *Suspensión automática de licencias*. B) *Edificación*: 1. *Derribo de fincas según la LAU*. 2. *Legalización de obras*. No cabe denegarla por motivos estéticos. C) *Licencias*. *Subrogación de la CPU*.—XIV. PROCEDIMIENTO: *Silencio positivo*.—XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Competencia*. *Momento de declarar la incompetencia*. B) *Inadmisibilidad*: 1. *Flexibilidad al apreciar causas de inadmisión según el artículo 24 de la Constitución*. 2. *Principio «pro actione»*. Artículo 24 de la Constitución. C) *Ejecución de sentencias*: 1. *Recurribilidad de actos dictados en ejecución de sentencias*. 2. *Resarcimiento por inejecución del fallo*. D) *Costas*. *Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*.—XVI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Por inactividad de la Administración*. B) *Plazo para ejercitar la acción*.

I. FUENTES

A) *Retroactividad*.

1. *Aplicación del artículo 2.º, 3, del Código Civil*.

«Ese segundo motivo del presente recurso ha de rechazarse también, ya que no reviste consistencia jurídica sustante, y ello en base a los siguientes argumentos: a) el Tribunal Supremo tiene declarado

—sentencias de 16 de febrero y 3 de mayo de 1979 y 15 de abril de 1980, entre varias— que el artículo 2.º, 3, del Código Civil es aplicable no sólo a las Leyes en sentido formal, sino a todo tipo de disposiciones generales, y, en su virtud, se puede otorgar efecto retroactivo a los reglamentos al no hallarse prohibido por el Ordenamiento legal básico y siempre que no tenga un carácter sancionador no favorable o restrictivo de derechos individuales; b) el artículo 45, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo, según se dice en las sentencias citadas, sólo se refiere a los actos administrativos propiamente dichos y no a los demás aspectos del actuar de la administración; c) el principio de irretroactividad no es absoluto e ilimitado en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo una norma tener mandato retroactivo si no vulnera otra de rango superior; y en el supuesto examinado, la disposición final 2.ª del Decreto 2077/1979, cuando ordena que desde la entrada en vigor "será de aplicación a todos los expedientes que se resuelvan a partir de dicha fecha", no infringe ni conculca norma de rango superior ni ninguna clase de derechos adquiridos; en efecto, en dicho Decreto no se limitan los derechos, las facultades y las posibilidades de actuación contenidos en el Decreto-ley 34/1978, sino que establece las reglas o normas precisas para aclaración y puesta en práctica de lo enunciado en la disposición final 1.ª, llegando incluso, en su artículo 1.º a establecer un reenvío anunciando que "el Fondo de Garantía Salarial se regulará por las prescripciones contenidas en este Real Decreto-ley y las normas que lo desarrollen"; por consiguiente, el valor del Decreto de desarrollo en orden a regular referido Fondo trae causa de la norma superior a la que completa y aclara, y en tal sentido su aplicación a los expedientes que se resuelvan a partir de su fecha de vigencia no puede implicar infracción del principio de irretroactividad.» (*Sentencia de 29 de marzo de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.301.*)

2. Normas procesales. Doctrina general.

«De lo expuesto se desprende que en el momento en que el proceso se inició estaba vigente la Ley de 1956, y la Ley 19/1975, que derogó el artículo 228 de la Ley anterior, no contiene entre sus disposiciones finales derogatorias norma alguna reguladora del alcance de la derogación, esto es, del grado de retroactividad de la nueva normativa, y por ello debe estarse a *la regla o principio general de la irretroactividad (art. 2.º del Código Civil), que alcanza o se aplica también a las normas procesales* (norma procesal referente a la forma de ejecución de sentencias en materia de urbanismo), por no haber razón sustancial que imponga solución distinta *siempre que se trate de procesos concluidos o simplemente iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva Ley*, tal como ha declarado la jurisprudencia en supuestos análogos.—sentencias de 31 de mayo de 1958, 6 de octubre de 1975, 30 de

septiembre de 1978, etc.— *con apoyo en un criterio predominante en nuestro ordenamiento jurídico*, verbigracia: disposición transitoria 1.^a del Estatuto Municipal de 1924, apartado 1.º del ROF de las Corporaciones locales, disposición transitoria 3.^a de la Ley Jurisdiccional y disposición transitoria 2.^a de la Ley de Reforma 19/1973, de 17 de marzo; *por lo que, en fin, puede sostenerse como regla la idea de regulación conjunta del proceso* (unidad de actos, tiempos, etc.) *y conforme a la cual todo proceso, unitariamente considerado, debe regirse por la Ley vigente en el momento de la iniciación.*» (Auto de 20 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.613.)

B) *Derogación. Diversidad de supuestos posibles.*

«Siendo un principio jurídico que las leyes, según dispone el Código Civil, pierden su fuerza obligatoria por la derogación, que se hace por otra posterior que de manera *expresa* determina la ley o disposición dejada sin efecto, o se consigne en la nueva ley que se extiende a las que a la misma se opongan sin citarlas, y *tácita* si la disposición posterior contradice la anterior, ambas formas son eficaces para invalidar la ley anterior, porque las dos revelan la voluntad y el mandato del legislador; excepcionalmente también una ley o disposición administrativa puede perder su eficacia sin necesidad de la promulgación de una nueva ley, cual sucede en el caso de las llamadas leyes temporales, que tienen fijado un término de manera explícita o implícita—disposiciones ordenadas a un fin transitorio o provisional no permanente o duradero—, pues, como reconoce la moderna doctrina jurídica y la jurisprudencia, las leyes o disposiciones pueden dotarse a sí mismas de una eficacia temporal y establecer las modalidades de su aplicación en el tiempo.» (Sentencia de 25 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.334.)

C) *Reglamento. Ambito de la potestad reglamentaria. Los reglamentos independientes no pueden infringir la jerarquía normativa.*

«Otro de los motivos de impugnación que alega la recurrente, respecto al Decreto recurrido, es su promulgación sin que desarrolle materias constitutivas de normas con rango de Ley; pero ese hecho por sí mismo no constituye defecto o vicio imputable a la disposición en cuanto, si bien la llamada potestad reglamentaria de la Administración pública ha de ejercerse de acuerdo con las leyes, conforme dispone el artículo 97 de la Constitución, y, según el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, está prohibido dictar disposiciones administrativas contrarias a las mismas, la Administración pública puede ejercer dicha potestad no sólo en desarrollo de Leyes o principios legis-

lativos, sino cuando no existe norma de rango superior sobre la materia, porque no es posible infringir una ley inexistente, y cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales ni sujeta a reserva legal no infringe ningún principio de jerarquía normativa y actúa, por tanto, legítimamente.» (*Sentencia de 10 de marzo de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.245.*)

II. Acto

A) *Naturaleza. Distinción del Reglamento. Decreto relativo a prestación de servicios mínimos.*

«Ya este Tribunal —y concretamente esta Sala— ha tenido ocasión de pronunciarse en casos análogos al presente, admitiendo la posibilidad de impugnación, en vía contenciosa, no sólo de "actos" administrativos singulares, sino también de aquellos otros mediante los que el Gobierno pretende garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos indispensables, de lo que son ejemplo las sentencias de 14 de agosto de 1979 y 11 de julio de 1980, estableciendo así una doctrina que es preciso reiterar, en primer lugar, en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.º de la Constitución; en segundo lugar, porque hallándonos ante un recurso mediante el cual se pretende tutelar jurisdiccionalmente un derecho fundamental, sería poner cortapisa a ese fundamental derecho privar precisamente de la posibilidad de acudir a los Tribunales a quien se cree fue privado de todo o parte del que las leyes le conceden, suprimiéndole precisamente el más fundamental de los derechos: pero con independencia de lo que antecede es preciso resaltar que, si bien el artículo 6.º, párrafo 1, de la Ley de 26 de diciembre de 1978 permite interponer recurso contencioso-administrativo (para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales) contra los "actos de la Administración", sin mencionar la posibilidad de hacerlo contra las disposiciones de carácter general, no es menos cierto que lo impugnado en este recurso reviste la forma de Real Decreto por el órgano de quien procede, mas no por su contenido, ya que, si atendemos al ámbito de aplicación, éste afecta a un número limitado de provincias —diez— y, dentro de ellas, a un número concreto de administrados, y no con carácter permanente, sino solamente mientras dura una situación concreta, que es la de huelga; si atendemos a su permanencia en el tiempo, no ha sido la intención del legislador del Gobierno insertar permanentemente en el Ordenamiento jurídico el Real Decreto con tal carácter, sino que solamente vivirá en tanto en cuanto dure la huelga convocada, agotándose una vez transcurrida esa situación, por lo que, pese a su carácter formal de Real Decreto, no pierde su naturaleza de acto administrativo, si bien está destinado a una pluralidad indeterminada de sujetos, ya que, a través de este acto, el Consejo de Ministros no actuó la potestad

reglamentaria que le atribuye el artículo 97 de la Constitución, sino que, en observancia de lo establecido en el artículo 28, 2, de ésta, dirige un mandato a sus representantes en la provincia para que éstos aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, que previamente habían sido establecidos mediante la orden que en este sentido dio a la Comisaría de la Energía; nos hallamos, por lo tanto, ante una actuación de "ejecución" y no ante el ejercicio de una potestad reglamentaria, y que, como se ha declarado por resoluciones del Tribunal Constitucional, tiene su cobertura inmediata en el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977; por todo ello hay que desestimar este último motivo de inadmisibilidad opuesto por la Compañía Sevillana de Electricidad, último de los que quedaban por examinar.» (Sentencia de 31 de marzo de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.308.)

B) *Clases. Dictados en ejercicio de la soberanía. Diferencia con los dictados con simple ejercicio de autoridad.*

«No puede aceptarse el primero de los motivos alegados en los términos en que ha sido propuesto por la parte recurrente, la cual se limita a calificar el Acuerdo del Consejo de Ministros autorizando la implantación o establecimiento de un impuesto como un mero "acto administrativo que limita derechos subjetivos" regulado por el Derecho Administrativo —art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, porque frente a su opinión está la realidad, y ésta es que nos hallamos ante un acto de naturaleza fiscal, íntimamente relacionado con la política, y no son aplicables en bloque a ese acto las normas del Derecho administrativo, ya que, a diferencia de los meros actos administrativos en los que el Estado impone su autoridad, en los actos de naturaleza fiscal que tienen por objeto el establecimiento de impuestos, el Estado no sólo impone su autoridad, sino que también impone a los súbditos determinadas obligaciones en virtud o en uso de facultades que emanan de su soberanía fiscal (que no es sino una manifestación de la soberanía del Estado) con objeto de regular una de las varias actividades mediante las que atiende el cumplimiento de sus fines, mediante actos de poder, por ello, si bien en estos actos el Estado ejerce su autoridad, como en los actos administrativos, también impone una serie de obligaciones mediante el ejercicio de facultades soberanas, y aunque mediante ellas, en cierto modo se limiten derechos subjetivos, ello no significa que deban de trasladarse a ese campo del ejercicio de la soberanía las normas que regulan los actos sometidos a Derecho administrativo, mediante los que ejerce su mera autoridad; cuestión diferente sería el ejercicio de estas facultades por órganos que carecieran de esas facultades, lo que debe resolverse en sentido negativo, ya que tanto en el momento de dictarse el Acuerdo del Consejo de Ministros como en el momento actual, la actividad del Estado, en materia

positiva, estaba regulada por preceptos con rango de Ley Fundamental o de Constitución que determinaban cuáles eran los Organos del Estado titulares del poder impositivo (tanto original como derivado), poder que en el caso debatido se ejerció por los órganos que lo tenían atribuido, y en este caso concreto, por la Corporación Municipal de Mataró, con la posterior autorización del Consejo de Ministros para implantar el Impuesto de Radicación que aquí se discute, dando así cumplimiento a lo establecido en la Ley de Bases de 19 de noviembre de 1975 y al Decreto de 30 de diciembre de 1976.» (*Sentencia de 15 de abril de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.985.*)

C) *Suspensión. Se concede al no afectar a intereses públicos ni a terceros y causar la ejecución daños de difícil reparación.*

«El derribo resultante de la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, objeto de la pretensión jurisdiccional en los autos principales, puede ocasionar perjuicios de muy difícil reparación, entre ellos *las graves perturbaciones que de modo notorio y objetivamente presumible sobre las circunstancias del caso* —art. 1.253 del Código Civil— *derivarian de la demolición de la obra en terraza si a ella se llegase*; supuestos que incluyen la materia de esta pieza separada en el artículo 122, inciso 2, de la Ley Contencioso-Administrativa y por lo que estrictamente se refiere al derribo de las cuestionadas obras, con independencia, en todo caso, de la efectividad subsistente para el formal requerimiento de legalización; a lo que cumple añadir, *también a virtud de la expresada prueba de presunciones de hecho, que es irrelevante el daño que a los intereses públicos o a terceros pudiera ocasionar en el presente caso la suspensión de los efectos ejecutivos del acto impugnado* en la pieza principal, lo que excluye aquí la necesidad de señalar fianza conforme a lo establecido en el artículo 124 de la citada Ley Jurisdiccional.» (*Auto de 5 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.665.*)

D) *Desviación de poder.*

1. *Doctrina sobre su significado y acreditación de la misma por quien la alega.*

«No puede admitirse la alegación de desviación de poder que hace la representación del recurrente, puesto que tal figura jurídica supone un ánimo predeterminado de utilizar la facultad de obrar con fuerza de obligar que los órganos de la Administración ostentan orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos, concretamente, por la motivación legal que inspira la norma que se aplica, aun

cuando al hacerlo se observen las formalidades exigidas para su legitimación (Sentencias de 24 de octubre de 1959 y 28 de febrero de 1962), añadiendo la jurisprudencia que la desviación existe cuando el acto se inspira en móviles personales o en cualquier otra causa de ilegalidad, siendo necesario acreditar con seguridad que la Administración se apartó del cauce jurídico, ético y moral, y no puede fundarse en meras presunciones ni especiales interpretaciones del acto de la autoridad (Sentencia de 3 de julio de 1963) y en todo caso para poderla apreciar es menester una demostración clara y palmaria de que el ejercicio de las potestades administrativas se verificó torcidamente, sin consideración al motivo o finalidad preestablecido para el bien o el interés público y la de 24 de febrero de 1971 indica que para que pueda estimarse la desviación de poder es necesario que se acredite o cuando menos se señalen datos de hecho o elementos de comprobación externa capaces de crear mediante un juicio comparativo entre el fin específico o interés público a que el precepto o preceptos concretos que se aplican al fin que sea perseguido con los actos impugnados, la convicción de que el órgano administrativo al que se atribuye tal vicio se apartó del cauce jurídico a que estaba obligado a seguir ateniéndose al espíritu y finalidad de la norma aplicada.» (*Sentencia de 2 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 383.*)

2. Se admite su existencia.

Además de la no justificación del aludido mal estado de conservación de lo ordenado demoler y reconstruir, lo que ya de por sí sería causa justificativa de la anulación de las resoluciones impugnadas, tal como se decidió en la sentencia apelada, la Gerencia Municipal de Urbanismo incurrió también en infracción del citado artículo 181 de la Ley del Suelo por otro motivo, al no ordenar aquellas obras estrictamente necesarias para conservar el vallado, en el supuesto de que estuviera en mal estado, lo que ya hemos dejado sentado que no lo está, en las adecuadas condiciones a que se refiere el citado precepto, al pretenderse que por la propiedad de las fincas urbanas cerradas por aquél se hiciera la reconstrucción variando la alineación que hasta entonces tenían, lo que obligaba a ceder al Ayuntamiento una parte importante de las mencionadas fincas urbanas, es decir, en suma, la actuación municipal que aprovechándose de un supuesto mal estado de conservación de una determinada construcción, pretendió la rectificación de unas alineaciones, acrecentando con ello una porción de terreno para viales, es indudable que distorsionó la estricta finalidad del citado artículo 181 de la Ley del Suelo, que, como ya hemos dicho, no otorga cobertura para ninguna finalidad que no sea la de mantener los terrenos, urbanizaciones particulares, edificaciones y carteles, en condiciones de seguridad, salubridad y ornatos públicos.» (*Sentencia de 5 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.668.*)

III. CONTRATOS

A) *Subasta. Impugnación del pliego de condiciones. Puede realizarse en el momento de la adjudicación definitiva a pesar de lo dispuesto en el artículo 24.3 del RCCL.*

«La concepción de las formalidades procesales como garantía de acierto de la decisión judicial y no como obstáculos encaminados a dificultar o impedir el pronunciamiento de la sentencia sobre la cuestión de fondo constituye asiento y fundamento esenciales, expresamente declarados en la exposición de motivos de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, del sentido espiritualista que debe presidir de manera permanente la revisión judicial de la legalidad de los actos administrativos, actualmente potenciado y robustecido por el principio de protección judicial de los derechos que consagra el artículo 24.1 de la Constitución y en este contexto de enjuiciamiento flexible y generoso de los presupuestos de validez del proceso contencioso resulta obligado considerar que las distintas fases que integran el procedimiento administrativo de subasta regulado en los artículos 21 a 38 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 no son compartimentos estancos que, una vez cerrados sin reclamación, adquieren la condición de actuaciones firmes e impugnables en la vía contenciosa que impiden a los interesados combatir la legalidad en los recursos que interpongan contra actos posteriores dictados dentro del mismo procedimiento, pues la tesis contraria olvida que las reclamaciones autónomas que puedan venir previstas para alguna de dichas fases, como es la contemplada en el artículo 24 del citado Reglamento aunque tengan aptitud para desembocar en una impugnación contenciosa, deben ser contemplados como trámites instrumentales cuyo objeto principal consiste en aportar a la Corporación Municipal un más completo conocimiento de datos, circunstancias y alegaciones que le permitan ordenar correctamente el procedimiento hasta lograr su finalización mediante el acto de adjudicación definitiva, sin que en contra de tal concepto pueda esgrimirse con éxito el número 3 de dicho artículo 24, precepto anterior al sistema de impugnación judicial de los actos administrativos que instaura la Ley Jurisdiccional citada y basado en criterios superados por la misma, pues tal disposición reglamentaria en cuanto restringe los motivos por los que se puede combatir el pliego de condiciones no reclamado en el plazo que establece se manifiesta incompatible con los principios de espiritualidad y protección judicial de los derechos que se dejan citados y en tal sentido, aun en la hipótesis de que sea vinculante para el Ayuntamiento, debe estimarse inoperante en la vía judicial a los efectos de negar la posibilidad procesal de discutir la legalidad del acuerdo aprobatorio del pliego de condiciones dentro

del recurso que se interponga contra actos administrativos posteriores al mismo, ya que esta posibilidad se prolonga hasta dictarse el acto de adjudicación definitiva en cuya impugnación podrá plantearse, haya o no habido reclamaciones intermedias, cualquier motivo de ilegalidad de cualquiera de los actos interlocutorios que integran el procedimiento administrativo al cual pone término dicha adjudicación definitiva, derivándose de todo ello que la sentencia apelada incide en error al declarar la inadmisibilidad de los dos recursos acumulados, dado que, según se deja razonado, la falta de reclamación contra el acuerdo aprobatorio del pliego de condiciones no convierte a ésta en firme y consentido que produzca el cierre definitivo de la vía contenciosa instada frente a los posteriores actos de convocatoria de primera y segunda subasta, cuya cualidad de actos administrativos de desarrollo del procedimiento de licitación no es acertado elevar a la categoría de simples actos de reproducción de aquél anterior para en base a ello decretar la inadmisibilidad de los recursos contenciosos interpuestos contra ellos con la finalidad de contradecir la legalidad del citado pliego de condiciones, pues ello supone un rigor formalista a todas luces inaceptable, máxime si el propio Ayuntamiento había ya concedido en la vía administrativa plena eficacia procedimental a las reclamaciones que precedieron a la interposición de los recursos contenciosos, manifestando así un superior criterio de superación del ritualismo que la Sala de Instancia debía asumir, aunque posteriormente la representación procesal de dicho Ayuntamiento haya hecho uso de esa alegación de inadmisibilidad, cuya desestimación resulta insoslayable en virtud de lo hasta aquí argumentado, cualquiera que sea la calificación de nulidad absoluta o anulabilidad que merezcan los motivos esgrimidos por los demandantes como fundamento de su pretensión procesal.» (Sentencia de 31 de octubre de 1981, Sala 4.ª Ar. 1.688.)

B) Ejecución. Distinción entre «reforma del proyecto» y «proyecto adicional». A este último, por ser contrato independiente, no le son de aplicación las cláusulas de revisión de precios pactadas en el contrato principal.

«Al regular la modificación del contrato de obras (título II, capítulo V, sección 4.ª) el RGCE distingue entre: a) "la reforma del proyecto" (art. 149), supuesto caracterizado por tener su origen en "necesidades nuevas" o "en causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar aquél", por provocar variaciones en más o en menos en el presupuesto de las obras y por ser obligatorio para el contratista, previa justificación de su necesidad en el expediente (art. 150, párrafo 1.º, en relación con el último inciso del artículo 149, párrafo 1.º), siempre que las modificaciones no sean superiores al 20 por 100 del importe del proyecto ni representen una alteración sustancial del mis-

mo; y b) "el proyecto adicional" (art. 153), referido a obras accesorias o complementarias del proyecto principal, no necesarias para la ejecución total de la obra a que este último se contrae, sino simplemente "convenientes", objeto de un "contrato independiente", cuya adjudicación tiene lugar siguiendo los trámites reglamentarios, a menos que aquéllas no excedan del 20 por 100 del precio del contrato principal, supuesto en el cual (art. 153, párrafo 2.º) la ejecución puede confiarse al contratista de dicha obra principal, quien no tiene obligación de aceptar la propuesta de la Administración.

... ..

por lo que siendo evidente la naturaleza de contrato independiente que el artículo 153 otorga a estos proyectos de obras accesorias o complementarias, no incluidas en el proyecto de la obra principal, precisaba de una cláusula revisora por tratarse de un contrato nuevo y distinto o independiente a la establecida en el contrato de la obra principal, por lo que al no estar establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni en la escritura notarial de 16 de junio de 1977 de formalización del contrato, en la que por el contrario, en la estipulación cuarta expresamente se consigna que "el pliego de cláusulas administrativas particulares no contiene revisión de precios", unido todo esto a que de las actuaciones administrativas preparatorias a regir en la contratación de las obras complementarias, no aparece cumplido el requisito que el artículo 1.º, apartado b), segundo párrafo, del Decreto del Ministerio de Hacienda de 11 de marzo de 1971 que desarrolla el Decreto de 4 de febrero de 1964 sobre Revisión de Precios en los Contratos del Estado, exige para que se puedan incluir cláusulas de revisión de precios en los pliegos referentes a contratos de obras, cuyo plazo de ejecución no exceda de seis meses (el plazo de ejecución de estas obras es el de dos meses), el previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe que al faltar impide que se puedan estimar los argumentos de la parte apelante en pro de alcanzar a las obras o proyectos adicionales cuyo importe no exceda del 20 por 100 del contrato principal la cláusula revisora de precios establecida en éste, pues el precepto del artículo 1.º, apartado b), segundo párrafo, del citado Decreto de 11 de marzo de 1971 no distingue que las obras accesorias excedan o no del 20 por 100 del precio del contrato principal, sino que el legislador exige, con carácter general, que todo contrato de obras cuyo plazo de ejecución no exceda de seis meses requerirá el previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por lo que en el presente caso, en que la contratación de las obras adicionales se sujetan a un nuevo contrato, independientemente del que rigió la obra principal, y con un plazo de ejecución inferior a seis meses, no cabe jurídicamente interpretar, por aplicación analógica, lo establecido para los reformados en los artículos 149 y 150 del Reglamento

de Contratación, pues, en materia de revisión de precios regida por una legislación especial, hace falta un texto legal que la ampare para que proceda aplicarla, no es admisible la analogía ni la compensación equitativa ni las reglas de equidad alegadas por la parte apelante, sin normas excepcionales que sólo puedan aplicarse cuando concurren todas y cada una de las circunstancias o condiciones previstas en las mismas, aparte de ser norma de elemental prudencia el proceder con toda cautela en la aplicación de los alegados arbitrios equitativos, pues la seguridad jurídica debe imponer su predominio para que se cumplan y lleven a cabo las estipulaciones libremente consentidas por la contrata, máxime cuando las convenciones bilaterales son de corta duración y el posible alza de los precios no responde a una causa posterior a la adjudicación que no pudiera ser tenida en cuenta al estipular el contrato adicional.» (*Sentencia de 3 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 538.*)

C) *Equilibrio financiero.*

1. *Elementos que lo justifican y alcance del mismo.*

«La revisión de precios en la contratación administrativa tiende a mantener el equilibrio económico entre las respectivas prestaciones, de tal forma que, cuando una de ellas ha venido a ser demasiado onerosa en virtud de elevaciones de precios originados por preceptos de carácter legal, la propia legalidad permite ajustar nuevamente el equilibrio entre las prestaciones, que para cada una de las partes alcanza del contrato el beneficio que normalmente pretendía al celebrarlo; revisión que, en principio, viene a suponer una contradicción con una serie de principios que dicha institución no sólo pone en cuestión, sino que las excepciona, como son los de riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad del contrato, razón que plenamente justifica que la jurisprudencia de este Tribunal haya calificado a las disposiciones dictadas sobre esta materia de excepcionales, y por ende, no susceptibles de una interpretación extensiva; siendo a la luz de esta doctrina bajo la que procede examinar si la cuestión en esta apelación controvertida es viable al estar acomodada a las normas que amparan la revisión pretendida.

Está fuera de toda posible duda que la Entidad apelante presta al Ayuntamiento de Cehegín, en régimen de concesión, un servicio público, recogida domiciliaria de basuras, típicamente establecido como obligatorio en el artículo 102 de la vigente Ley de Régimen Local, resultando acreditado y así lo tiene reconocido el propio Ayuntamiento, al aceptar las revisiones que por la recurrente le fueron solicitadas, que las bases económicas sobre las que inicialmente se había establecido la concesión, por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, que es lo exigido por el artículo 127.2, apartado 2 b) del

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales *habían cambiado debiendo por ello entrar en juego el principio del mantenimiento del equilibrio económico de la misma*, lo que imponía a la Corporación Municipal el acceder al solicitado restablecimiento financiero, *porque rota la economía de la concesión, el Ayuntamiento no sólo tiene la potestad, sino también el deber categóricamente impuesto* en el número 2, apartado 2.º, del artículo antes citado, *de mantener el equilibrio económico de la concesión, lo cual es para el concesionario un derecho correlativo*, según el artículo 128.3, apartado 2, del Reglamento de Servicios citado; derecho que es exigible no sólo cuando la Administración por motivos de interés público y en uso del "ius variandi" modifica la prestación del servicio incrementando su costo, sino también, como anteriormente se dijo, cuando aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

La retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio a tenor de las bases o estipulaciones que hubieran servido para su otorgamiento, la Administración está en todo caso obligada a mantener, según expresa declaración del artículo 128.2 b) del Reglamento citado. ha de serlo en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial; declaración legal, que al no hacer distinción alguna, hay que entender aplicable tanto en el supuesto de que la ruptura del equilibrio económico de la concesión sea debida a modificaciones ordenadas introducir en la prestación del servicio por la Administración, como en el caso de sobrevenir circunstancias imprevisibles, porque la "ratio legis" en uno y otro supuesto es la misma, restablecer el equilibrio de la retribución económica del concesionario.» (Sentencia de 5 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.666.)

2. Valor del principio y contenido del mismo.

En un supuesto como el de autos —*actualización o revisión del canon. subvención o contraprestación de una concesión o arrendamiento como forma indirecta de gestión de un servicio municipal de recogidas de basuras, etc.*—, los criterios o normas aplicables no son sólo los previstos en el pliego (art. 25), sino también a las que sobre el equilibrio financiero del contrato establecen los artículos 128, 2, b, 127, 2 b y 128, 3, 2 y concordantes del Reglamento de Servicio; doctrina plenamente aplicable a un supuesto de gestión indirecta o un servicio público municipal a través del arrendamiento (art. 140), ya que si bien el concesionario está obligado a garantizar el normal funcionamiento del servicio (eficiencia, regularidad, etc.), la Administración como contrapartida viene obligada a compensar al concesionario

de los desequilibrios o alteraciones que durante la gestión experimente el régimen económico-financiero de la concesión; y ello como obligación nacida «ex lege», no del contrato, tal como ha declarado, incluso, la doctrina de la Sala —Sentencias de 27 de abril de 1976, 4 de marzo de 1977, etc.—, al sostener que la obligación legal que pesa sobre la Administración para mantener el equilibrio económico del contrato, no es una prestación o contraprestación que forma parte del contenido obligacional de la concesión, sino deber o carta legal (artículo 127.2 del Reglamento) que otorga al concesionario el derecho a obtener la compensación económica necesaria para restablecer el equilibrio económico roto (art. 128.3), dado que si la aplicación de las medidas pactadas sobre revisión resultan insuficientes por ser el desequilibrio una realidad (las previsiones desbordadas por los hechos económicos, etc.), la Corporación local no puede negarse a la pedida restauración del equilibrio financiero, amparándose en el principio contractual de riesgo y ventura, ya que éste es sustituido en este campo de la gestión indirecta de los servicios públicos por el de cobertura suficiente de la remuneración del concesionario (arts. 126.2, 128.3 y 140 y concordantes del Reglamento) con la finalidad de asegurar o hacer viable, en todo caso, la realización normal del servicio público por ser el objeto de la gestión indirecta pactada.

Por ello no procede escudarse en la literalidad estrecha de las reglas contenidas en el artículo 25 del pliego para rechazar, sin más, las peticiones de actualización de determinados elementos o conceptos retributivos, no porque se niegue la realidad de los incrementos de costes aducidos, sino por oponer, sin base legal, su improcedencia, lo cual comporta la necesidad de que nosotros examinemos aquí las diferentes partidas discutidas; en efecto, y por lo que se refiere al beneficio industrial, el artículo 129.3 del Reglamento lo incluye entre los elementos que han de integrar la retribución (precio o subvención) y generalmente aceptada su expresión en el 12 por 100 de los costes, es lógico que producidos aumentos indiscutidos en los costes de personal y materiales, si se quiere mantener el porcentaje normal de beneficio no puede rechazarse la aplicación del mismo sobre los incrementos de los costes aceptados, dado que si no se rompería la inicial ecuación financiera, por disminución en términos relativos del beneficio hasta llegar a cero (tal efecto puede deducirse de la simple congelación y del efecto negativo de la depreciación monetaria, etcétera), con infracción de las prescripciones contrarias contenidas en los artículos 126 y 129 del Reglamento y artículo 38 de la Constitución, por lo que en fin el necesario y simple mantenimiento del equilibrio de la concesión obliga a acceder a la petición de actualización del beneficio industrial discutido.

Si bien el deber de mantenimiento de la ecuación financiera viene impuesta por imperativo de la ley, las bases para su aplicación, sin embargo, han de ser las que hubieran servido para el otorgamiento del

contrato (art. 126, 2b), esto es, ha de atenerse a los criterios que en orden a la actualización de los precios se establecen en el artículo 25 del Pliego, y, en concreto, se fijan los gastos de personal en el 75 por 100 del canon, con la finalidad de desglosar en términos generales los diferentes componentes del coste del servicio, y por ello resulta necesario, para no distorsionar lo prescrito en el Pliego, que los porcentajes de aumento de los salarios se apliquen al 75 por 100 del canon de adjudicación (en otro caso caracteraría de sentido la norma) y en lo sucesivo la base ha de comprender tal cifra o porcentaje inicial más los incrementos por revisiones anteriores y procedentes. (*Sentencia de 8 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.672.*)

D) *Resolución. Incumplimiento y culpabilidad del contratista. Diferenciación de ambos supuestos y de su consecuencias.*

De lo dicho se deduce que la Ley y el Reglamento de los Contratos del Estado regulan con separación las causas y los efectos de la resolución de los mismos y que, por consiguiente, *según es doctrina comúnmente admitida, no se identifican necesariamente el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria del contrato, y la culpa del mismo, que lleva consigo las consecuencias punibles de la pérdida de la fianza, y la eventual indemnización a la Administración por daños y perjuicios, pudiendo darse el caso, que es el de autos, de que un contratista haya incumplido alguna cláusula contractual que determine la resolución y, sin embargo, no sea apreciable en su conducta una culpabilidad merecedora de que se impongan las sanciones establecidas en el artículo 160 del Reglamento, por concurrir alguna circunstancia exculpatoria.*

En el presente caso, efectivamente, se ha producido un incumplimiento del contratista que ha motivado la resolución del contrato, por haberse negado a su preceptiva formalización en el momento oportuno, pero no es menos cierto que concurre una calificada y singularísima circunstancia exculpatoria, cual es la medida devaluatoria que se produjo a los diez días justos de adjudicada la contrata, por decisión del propio Estado contratante («factum principis»), y que, dado el específico objeto del contrato en cuestión, representaba una alteración sustancial del equilibrio económico de las prestaciones convenidas.» (*Sentencia de 24 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.636.*)

IV. DOMINIO PÚBLICO

A) *Utilización. Distinción concesión y autorización. Teoría general.*

«El proceso se interpone contra la actuación administrativa que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana ha realizado en orden

a la adjudicación procedimiento de subasta del servicio de quioscos, hamacas y alquiler de utensilios deportivos en las playas de su término municipal durante el año 1977, planteando un problema litigioso que en esencia consiste en determinar si el otorgamiento de dichos servicios constituye concesión administrativa sometida al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales o autorización administrativa que deba ser regulada por el Reglamento de Servicios de las mismas Corporaciones.

Entre los modos indirectos o descentralizados de gestión administrativa se incluye desde fecha relativamente reciente la llamada "autorización reglamentada de servicios privados de interés público" o más concisamente "autorización reglamentada", cuya naturaleza específica ha dado lugar a numerosos estudios de los más autorizados tratadistas, entre los cuales se ha suscitado una muy debatida polémica doctrinal, aún no superada, que hace en extremo difícil precisar las notas que la diferencian de otras instituciones de gestión indirecta y especialmente de la concesión administrativa, de la cual procede y de la que se ha ido paulatinamente separando hasta constituir actualmente una figura autónoma que, por no haber aún alcanzado una plena madurez jurídica, continúa dando lugar a conclusiones dispares respecto a cuál es la línea que la separa de dicha concesión administrativa que han tenido reflejo en una oscilante jurisprudencia en la que a veces se ha llegado a soluciones contradictorias, como ocurre en las sentencias de 2 y 29 de marzo de 1979, recaídas precisamente en supuestos idénticos al de autos, y de las cuales la primera aplica el régimen legal de la autorización administrativa a la gestión indirecta de los citados servicios de quioscos, hamacas y deportivos en las playas, mientras la segunda se decide por la concesión administrativa, y ante tal discrepancia es forzoso, absteniéndose de generalizaciones doctrinales que puedan incurrir en indeterminación y confusión, decidirse por una de dichas soluciones, a cuyo fin parece oportuno limitarse a enfrentar la concesión administrativa con la clase de autorización llamada demanial y, tomando como punto de partida las características más comúnmente admitidas como específicas de cada una de esas instituciones, proceder a calificar el supuesto de autos con arreglo a las normas de nuestro derecho positivo.

Por regla general, la diferenciación entre las dos instituciones citadas se enfoca con la utilización de dos criterios combinados que consisten respectivamente, en la naturaleza, intensidad y duración del uso del dominio público que se cede al adjudicatario y en el carácter propio o impropio del servicio público de cuya gestión se trata, y con base en esos dos criterios se señalan, entre otras, como características de la concesión administrativa las siguientes: primero, un uso intenso del dominio público por parte del concesionario a quien se le cede de manera permanente y estable; segundo, la titularidad del dominio público en la Administración concedente, cualidad que se deriva como

normalmente concurrente dada la intensidad del uso del dominio público que se cede; *tercero, instalaciones fijas* que correspondan con la permanencia y estabilidad del uso concedido, y que generalmente quedan *integradas en el dominio público* desde el primer momento de vida de la concesión y *revierten a dicho dominio* a su finalización; *cuarto, gestión de un servicio público cuya prestación viene atribuida a la titularidad de la Administración* concedente como propia de su competencia, y *quinto, remuneración del concesionario mediante precios que participan de la naturaleza de tasas fijas y predeterminadas, características* todas ellas que, por oposición, se señalan como *ausentes de la autorización reglamentada, en la que: primero, el uso del dominio público es menos intenso* que en la concesión y se cede de manera *provisional y por poca duración; segundo, la Administración autorizante puede carecer de la titularidad del dominio público* y ostentar simplemente *facultades de policía sobre él; tercero, las instalaciones no son fijas, permaneciendo en la propiedad particular del autorizado sin que opere la reversión; cuarto, el servicio no es de los propios de la Administración autorizante, sino de carácter particular, en el que hay implicado un interés público, y quinto, la remuneración del autorizado, aunque pueda ser sometida a tarifa* si así lo exige el interés público, son *precios susceptibles de regirse por el sistema de comercio libre* que corresponde a la naturaleza privada del servicio gestionado.» (Sentencia de 31 de octubre de 1981, Sala 4.ª, Ar. 1.688.)

B) *Zona marítimo-terrestre. Admite la permanencia de enclaves privados en las playas y en la zona marítimo-terrestre.*

«El hecho probado de la inscripción registral de los terrenos a favor de la sociedad recurrente da lugar a la presunción establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme a la que habrá de estimarse que el dominio, registralmente inscrito, pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, y este asiento registral, conforme dispone el artículo 1.º de la misma Ley Hipotecaria, produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la misma Ley; lo que supone que la aludida presunción legal y sus efectos no queda destruida por el mero hecho de que una parte de los bienes esté ubicada en zona marítimo-terrestre, pues ya advierte el artículo 1.º de la Ley sobre Costas que la cualidad de dominio público reconocida a la zona marítimo-terrestre no perjudica a los derechos legalmente adquiridos y advierte, por otra parte: en el artículo 4.º, la posible existencia de terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre; en el artículo 5.º, que los terrenos ganados al mar territorial fuera de los puertos, por obras de particulares debidamente autorizados, serán de propiedad de quienes los hubieran llevado a cabo, y según el artículo 6.º, la resolución del deslinde de la zona marítimo-terrestre

no puede realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; pero el acatamiento a la presunción legal del referido artículo 38 de la Ley Hipotecaria no entraña ninguna declaración de propiedad, sino el mero reconocimiento de la legalidad de la liquidación girada por el arbitrio municipal referido, que sólo habrá de producir efectos en este procedimiento y no prejuzga en forma alguna cuestiones sobre derechos civiles.

Aunque se aplicara la declaración de dominio público de la zona marítimo-terrestre que hace el artículo 1.º de la Ley sobre Costas, prescindiendo de las excepciones a que la misma Ley se refiere, tampoco podrían estimarse procedentes las pretensiones de los apelantes, pues, según el artículo 22 de la Ley del Patrimonio del Estado, aunque corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades y particulares y pueden reivindicarlos con arreglo a las Leyes, en esta reivindicación incumbe al Estado la prueba de su derecho, sin que los detentados o poseídos puedan ser compelidos a la exhibición de sus títulos ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio; llegando, respecto a este procedimiento, a la conclusión de que, a los meros efectos de la liquidación por tasa de equivalencia al Arbitrio sobre Incremento de Valor de los Terrenos objeto de este recurso, debe ser considerado el titular registral de los bienes como obligado al pago de tal liquidación, en tanto no conste declarada la inexactitud del asiento registral, sin que esta decisión tenga efecto alguno fuera de este proceso, conforme a lo previsto en el artículo 4.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de 5 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 496.*)

C) Marismas. Zona marítimo-terrestre. Prohibición de concesiones a perpetuidad.

«Toda la esencia de la cuestión se desenvuelve en torno al problema de si la desecación de un terreno de marismas situado en zona marítimo-terrestre de la ría de Argoños, en la provincia de Santander, para una vez saneado dedicarlo a la explotación agrícola y ganadera, se adquiere o no a perpetuidad, porque la temática ofrece aspectos de manifiesta dubitación que se refleja, con una evidencia perfectamente definida, en el propio ordenamiento jurídico; siendo preciso destacar que contemplamos en el supuesto de autos terrenos caracterizados por una serie de singularidades, muy peculiares, que hace que no puedan ser calificados como simple marisma, porque los terrenos cuya concesión se pretende alcanzar a perpetuidad se encuentran situados en la zona marítimo-terrestre, en la plena integridad de la conjunción de ambos vocablos, pues están afectados por los flujos y reflujos de las mareas con grandes porciones que permanecen cubiertas por aguas de mar, carente de aprovechamiento alguno por su salinidad y los efectos continuos del mar, que hace que la unidad biológica principal esté constituida—según informe pericial evacuado

por el ingeniero de Caminos, Canales y Puertos don José Luis de la Vega Benayas— por especies vegetales y animales que conviven—biocenosis— de naturaleza y morfología esencialmente marina, y si bien pueden generar situaciones de explosiva insalubridad por la existencia de órganos patógenos en cultivo, se mantiene en latencia por la fuerte salinidad del conjunto, constituyendo la zona afectada por la concesión unos bienes patrimoniales—dominio público— con una individualización que necesariamente debe ser considerada con independencia del tratamiento jurídico ambivalente, con que ha sido objeto de análisis hasta el momento presente, pues se trata de terrenos que están marcados por una notoria complejidad que se exterioriza incluso en cuanto a la especialidad del órgano resolutorio competente, en función precisamente por sus entornos, que es lo que le atribuye esas particularidades que le son propias.

Las especiales características de los terrenos objeto de concesión, con la descripción física de los mismos y su ubicación, unido al calificativo genérico de "marismas" como expresión de terrenos que se inundan, permaneciendo encharcados o cenagosos como consecuencia del flujo y reflujo de las aguas del mar o de los ríos en sus bajantes, pueden permitirnos establecer el condicionante o elemento que nos conduzca a fijar la singularidad dentro de lo abstracto, y esa singularización pudiera venir establecida precisamente por su ubicación: zona marítimo-terrestre que permitiera establecer las aparentes dispares conclusiones a que nos puede conducir un examen de las disposiciones en juego, con igual rango normativo, para determinar y concretar la procedente adecuación de los supuestos de hecho en juego y exponer la consecuencia que la norma constitucional en la cúspide del ordenamiento, en su artículo 132, formula; así establecemos una categoría de "marismas" que están situadas en el interior cuyo régimen jurídico derivado del saneamiento y desecación, en cuanto a sus consecuencias dominicales, viene establecido de una manera clara por la vigente Ley de Aguas de 1879, en su artículo 65, al mantenerse la conclusión de que "... el autor de la proposición quedara dueño de los terrenos saneados una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado", surgiendo la dubitación racional al examinar los artículos 48 y 51 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y 92 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 19 de enero de 1928, frente a lo que se dispone en el artículo 5.º de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 en cuanto a la aplicabilidad de lo dispuesto en la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en su artículo 126, y su Reglamento, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, en el 227, y a la calificación terminante de la cualidad de dominio público de los terrenos que se unan a la zona marítimo-terrestre, así como esta misma zona, puesto que respecto de tal cualidad no sólo viene determinada por el artículo 1.º, 1, de la Ley de Puertos, sino por las Leyes citadas y por el artículo 132, 2, de la Constitución española,

aprobada por las Cortes en 31 de octubre de 1978 y sometida a referéndum nacional el 6 de diciembre de igual año, que dispone que "*son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y plataforma continental*", existiendo una perfecta conjunción entre la referida Ley del Patrimonio del Estado y el artículo citado de la Constitución en su párrafo primero, en el que se establece que "*la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes del dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación*".

La consecuencia que es preciso aceptar, como derivación de lo expuesto, es aquella que se inspira en los principios esenciales recogidos por la norma que ocupa la cúspide del ordenamiento, pues responde a la inspiración realmente querida por la comunidad nacional, y, en consecuencia, la concesión ha de venir limitada en el tiempo, limitación que se establece en el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado: "*Los Ministerios competentes, previo informe del de Hacienda, determinarán las condiciones generales que habrán de regir para cada clase de concesiones o autorizaciones sobre el dominio público, en las que se incluirá necesariamente el plazo de duración, que no podrá exceder de noventa y nueve años, a no ser que las Leyes especiales señalen otro menor*", y "*en ningún caso podrán otorgarse dichas concesiones o autorizaciones por tiempo indefinido*"; y como el régimen de limitación en el tiempo es indubitado en su extremo máximo y el mínimo es preciso que se establezca por Ley, la conclusión que ha de sentarse es la de que queda excluido de la discrecionalidad del órgano concedente la fijación del tiempo; así, pues, el aprovechamiento a que se refieren los presentes autos ha de ser considerado otorgado por un plazo de noventa y nueve años, respondiendo las demás cláusulas que se atacan en el acto recurrido, de 26 de septiembre de 1975, a la duración establecida a dicha concesión, revocándose en tal sentido la sentencia apelada, que atribuyó la concesión a perpetuidad, con la secuela resultante de estimación parcial del recurso de apelación.

No cabe apreciar la existencia de causas o motivos suficientes para hacer especial imposición en cuanto a las costas de esta apelación.» (*Sentencia de 1 de marzo de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.335.*)

V. EXPROPIACIÓN FORZOSA

En las expropiaciones no urbanísticas es irrelevante, a efectos de fijación del justiprecio, la calificación de los terrenos afectados como «vial» o «zona verde».

«Destinada a vial la superficie expropiada, la sociedad concesionaria juega con tal particularidad para disminuir su valor. Sin em-

bargo, tal tesis—como ha declarado con reiteración esta Sala y ha confirmado el Tribunal Supremo— no puede ser aceptada porque, situados en el ámbito de aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa, resulta evidente que en las expropiaciones cuya causa o acto legitimador es ajeno a la materia propiamente urbanística, la calificación de un terreno como "vial", "zona verde", "zona de equipamiento", etcétera, resulta intrascendente para fijar su valor real, pues no puede olvidarse que dicha calificación opera a los solos efectos de la ejecución y desarrollo de los planes de ordenación urbana, en donde el perjuicio que la inedificabilidad conlleva para el propietario de los terrenos afectados aparece corregido y compensado a través del desarrollo y ejecución del plan, tanto por las mejoras que para la propiedad supone la urbanización como—en su caso—por el mecanismo de la parcelación o reparcelación que la planificación urbana lleva aparejado. Por eso, cuando la privación forzosa de la propiedad tiene por causa la satisfacción de un interés público distinto del planeamiento urbanístico, es lógico que no se tenga en cuenta para la fijación del valor real dicha calificación "vial", "zona verde", etc., pues en tal caso el propietario no aparece compensado en la forma y cuantía que la Ley del Suelo establece para los terrenos reservados por el Plan a dichos fines.» (Sentencia de 12 de marzo de 1982, Sala 5.ª, Ar. 1.080.)

VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Concejales. Cese por haber dejado de pertenecer a partido político: competencia municipal.

«Por ello y por ser la Corporación quien legalmente ha de acordar el cese—por cualquier causa y fuera del ámbito temporal de un proceso electoral—de uno de sus miembros, viene investida de los poderes o facultades precisos para determinar la existencia o validez de la causa que predetermine el cese, no siendo correcta en Derecho la tesis—por lo que se refiere a la causa de baja aquí contemplada—de que la Administración es un instrumento mecánico de ejecución a través de la fórmula simplista de "darse por enterada" de la comunicación y de oficiar a la Junta Electoral competente para que facilite las credenciales a los sustitutos; frente a tal razonar debe proclamarse la plenitud de atribución, con todas las consecuencias razonables y deducibles de una tal afirmación, en relación con los principios o criterios legales que informan la autonomía y competencia municipal, el régimen jurídico de los actos y resoluciones administrativos, artículo 140 de la Constitución; artículo 5.º del Real Decreto 581/1979; artículo 11, 7, de la Ley de 17 de julio de 1978; artículos 43 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo, etc., y la inexcusable obligación del respeto al principio de legalidad y subsiguiente rechazo o interdicción de la arbitrariedad.

Ante la comunicación de un partido político, etc., a una Corporación local dando cuenta de la pérdida de la condición de miembro del mismo de una persona que ostenta un cargo electivo municipal, el órgano plenario competente no es un mero órgano ejecutor, ya que el Ayuntamiento o Corporación local es precisamente quien ha de acordar—con plenitud de atribución y responsabilidad—el cese de sus miembros, y en este sentido y a tal efecto ha de valorar o calificar el título o acto predeterminante del cese del concejal o vocal de la Corporación en ejercicio, pero sin inmiscuirse en la competencia o en el control de la legalidad del acto o acuerdo de un partido político sobre la baja o expulsión del concejal afiliado (tema ajeno al derecho administrativo en sentido propio y de posible residencia ante la jurisdicción ordinaria); sin embargo, si está obligado a calificar o examinar si se dan los requisitos-presupuestos esenciales (formalidades extrínsecas) que aparentemente legitiman la decisión interesada, pues al menos deben quedar acreditados que la decisión de expulsión o baja del partido fue adoptada por el órgano competente, a través del procedimiento establecido y mediante decisión motivada, no bastando una mera comunicación, ya que de ser así la Corporación al acordar el cese carece de datos suficientes para incorporar a su acto de cese, que, como se ha dicho, no es de mera ejecución, sino, al contrario, un acto principal y definitivo y que, al afectar a los derechos de una persona, ha de ser motivado.» (Sentencia de 2 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.658.)

VII. UNIVERSIDADES

1. *Ambito y extensión de la autonomía de las Universidades en los procedimientos de selección del profesorado.*

«La contienda gira en esencia en torno a la interpretación del artículo 114, 3, de la Ley 14/1970, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, es decir, si la adscripción ha de hacerse por el Ministerio de Educación y Ciencia de los profesores seleccionados previamente por las respectivas Universidades, las que a ese fin selectivo son las que valoran los méritos de los solicitantes de acuerdo con las normas reglamentarias que a tal efecto se dicten y de las establecidas en sus Estatutos, que es la tesis de la Universidad de Barcelona y de la sentencia apelada, o ha de entenderse que el Ministerio efectuará la adscripción después de valorar en función de los criterios expuestos y teniendo en cuenta el parecer no vinculante de la Universidad en cuanto indicación de su preferencia entre los profesores solicitantes de destino, que es el criterio sostenido por la representación del Estado y demás apelantes.

La interpretación de un precepto positivo no se agota en su expresión literal, sino que, cualesquiera que sean su ámbito y categoría,

exige tener presente que no constituye algo aislado o inconexo, pues la norma que lo contiene forma un sistema unitario y orgánico, debiéndose prestar atención a su sentido finalista, al examen de su fundamento histórico, de su contexto sistemático y de su explicación lógica y racional; y es por ello por lo que adquiere relevancia la clásica interpretación sistemática, esto es, el sentido propio de las palabras en relación con el contexto—art. 3.º, 1, del Código Civil—, y dentro de ella vamos a examinar primero la llamada sintáctica o de conexión con el resto del texto o precepto en que la frase a interpretar se encuentra contenida; en efecto, si la voluntad de la Ley fuese el darle autonomía a las Universidades para seleccionar al profesorado ingresado en los cuerpos correspondientes, con vinculación para el Ministerio, que se limitaría a la parte formal de la adscripción, es lógico que las normas que se dictaren para valorar los méritos de los solicitantes serían las establecidas en los Estatutos de aquéllas, ya que si se han de tener en cuenta las normas reglamentarias que se dictan por el Consejo de Ministros o por el Ministerio, sería tanto como hacer inútil la aparente autonomía, pues bastaría que en estas disposiciones reglamentarias se incluyeran exigencias que en definitiva condicionarán e hiciesen automática la supuesta selección, hasta el punto de quedar anulada de hecho, resultando en tal caso de la coordinación del precepto una contradicción entre esa pretendida facultad seleccionadora de la Universidad y las exigencias reglamentarias a ese fin de la autoridad ministerial, y bien dice la doctrina científica que sólo estaremos ante un marco autónomo cuando en el mismo no pueda entrar a disponer los reglamentos estatales; por otra parte, si realmente el precepto comentado quisiera conceder a la Universidad la vinculante selectividad de su profesorado, la fuerza de la misma hubiera atraído hacia sí la exigencia conexas del poder normativo; el citado artículo 114, 3, destaca el derecho de los profesores concurrentes que se traduce en sus preferencias, basadas en su puntuación, méritos y baremo, lo que sería desconocido si todo dependiere de opción decisiva hecha por una Universidad; es decir, en ese artículo se constituye el marco reglado dentro del cual ha de producirse la decisión de adscripción del Ministerio de Educación y Ciencia y que, a su vez, constituye el régimen de garantías de los interesados concurrentes; y en virtud de ella, la selección u opción por la Universidad sólo puede ser atendida si no contradice los derechos funcionariales de los solicitantes y las normas reglamentarias correspondientes.

La conclusión de la sentencia apelada también resulta negada si esa interpretación la hacemos coordinando el artículo 114, 3, con todo el texto de la Ley de 4 de agosto de 1970, la que, si proclama en el artículo 64, 1, que las Universidades gozarán de autonomía, más bien se ha quedado en un enunciado de propósito, con un alcance y límite reducido por la relación de dependencia constante de la Universidad con el Ministerio, y es por ello por lo que el poder legislativo está

elaborando en la actualidad una Ley de Autonomía Universitaria, que desarrolla su reconocimiento en el artículo 27, 10, de la Constitución; si en aquella Ley se estudia la autonomía funcional atribuida a la Universidad en el artículo 64 —ampliada en el artículo 66 al referirse a las materias que deben ser reguladas por los Estatutos universitarios—, extraña grandemente que la propia Ley en su articulado, y en relación a la materia que se dice autonómica, viene a limitar el ejercicio de la misma, a saber: a) en el artículo 66 incluye, además del control y verificación de conocimientos, el régimen de admisión de alumnos y disciplina académica; pues bien, todas esas materias son a su vez contempladas por la Ley de Educación en los artículos 32 a 36, el 38, 125, 126 y 130; b) en cuanto a lo que se denomina en el artículo 64, 1, "régimen de docencia e investigación" y en el artículo 66 "procedimiento para la adscripción y contratación de personal docente y de investigación", ese régimen viene prefigurado y acotado por los artículos 113 y 114 de la propia Ley; c) en lo que se refiere a los criterios para la adopción y aplicación de los planes de estudio o investigación del artículo 66, también la Ley mencionada establece los criterios básicos en materia de planes en los artículos 31 y 37; en resumen, de todo esto hay que sentar que en rigor no se destaca esa autonomía de la Universidad, pues el funcionamiento de la misma viene regulado de modo prácticamente exhaustivo por la Ley General de Educación, y esto significa que la interpretación dada por la representación del Estado al tan citado artículo 114, 3, es coherente con la postura que la Ley tiene con la totalidad de las llamadas funciones autonómicas universitarias.

La tesis de la Administración, y que ahora alega su representante en este recurso de apelación, recibe un total apoyo del contenido de la exposición de motivos de la referida Ley General de Educación, donde se sostiene que la interpretación de la misma se haga con flexibilidad carente de un normativismo riguroso, como tiene dicho esta Sala en sentencia de 8 de mayo de 1981, en base al siguiente párrafo de dicha exposición: "cabría afirmar que en ella forzosamente debe ser menor la dosis de juridicidad en sentido estricto". Por otro lado, es muy importante destacar que la disposición transitoria 1.ª de esa Ley General otorgó al Gobierno la facultad de implantar gradualmente en el plazo de diez años la reforma educativa, por lo que mientras no transcurra ese plazo, que terminó en 1980, y se ponga en vigor y efectividad la plenitud de sus preceptos, se hace difícil que los reglamentos que la desarrollan puedan merecer el reproche de ser *contra legem*, siempre que se encuentren, en todo o en parte, dentro de la línea pretendida por la Ley General de Educación; así lo interpreta esta Sala en otras sentencias de 8 de mayo de 1981.» (*Sentencia de 15 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 507.*)

2. *Se configura a la Universidad como un órgano del Estado a los efectos del artículo 28, 4, a), de la Ley Jurisdiccional.*

«Según los términos en que se ha planteado el hecho determinante de la supuesta inadmisibilidad, la cuestión a dilucidar es si la Universidad demandante es un órgano de la Administración del Estado a los que se refiere el artículo 28, 4, a), citado, o, por el contrario, y como afirma la parte actora, su autonomía y personalidad jurídica reconocida le confieren una independencia y desvinculación de aquélla que la ponen a cubierto de la limitación proclamada por el precepto citado que por consiguiente no le afecta; y ante esta controvertida postura de las partes se ha de buscar la solución en el análisis de los preceptos reguladores de la naturaleza jurídico-administrativa del ente accionante, y al efecto vemos que el artículo 63, 3, de la Ley General de Educación 4/1970, de 4 de agosto, dispone que las Universidades tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio y gozarán de plena capacidad para realizar todo género de actos de gestión y disposición, sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes, mas frente a esta declaración general consagrada de su personalidad y como desarrollo de las indicadas limitaciones, la propia Ley citada, en sus artículos 66 y 67, confiere al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, la facultad de aprobar el Estatuto que ha de regir cada Universidad y de suspender el régimen estatutario en circunstancias excepcionales, estableciéndose en el primero *in fine* que los Estatutos determinarán también los preceptos de las vigentes Leyes de Administración y Contabilidad del Estado (hoy Ley General Presupuestaria), Entidades Estatales Autónomas, Contratos del Estado y Funcionarios Civiles del Estado, de cuya aplicación será dispensada la respectiva Universidad, previo informe del Ministerio de Hacienda; a su vez, el artículo 135 de la repetida Ley atribuye al Ministerio de Educación y Ciencia, entre otras facultades, las de proponer al Gobierno la creación y supresión de centros estatales de enseñanza y los anteproyectos de Ley de autorización para crear y suprimir Universidades, ejercer la dirección de todas las instituciones educativas dependientes del Departamento y la inspección de todas las docentes, y asimismo el artículo 138 faculta al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, para crear, modificar, suprimir o fusionar cuantas dependencias y organismos, autónomos o no, de dicho Ministerio para el mejor servicio de la nueva orientación de la política educativa.

Los Estatutos provisionales de la Universidad de Sevilla, aprobados por Decreto 1772/1971, de 24 de junio, y prorrogados por Decreto 929/1977, de 28 de marzo, la configura como una Universidad estatal, con carácter de entidad autónoma, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio y con capacidad para realizar toda clase de actos de

gestión y disposición, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes y dichos Estatutos (art. 1.º), disponiéndose asimismo, con ellos, que desarrollará su actividad económica conforme a lo establecido en la Ley General de Educación, en la Ley de Entidades Estatales Autónomas y disposiciones complementarias y en los Estatutos (art. 2.º); y como ya se ha aludido en el precedente a las disposiciones de la Ley de Educación pertinentes, se ha de pasar a examinar las correspondientes de la de Entidades Autónomas, en cuyo artículo 1.º se someten a sus disposiciones los denominados Organismos autónomos, que los define el artículo 2.º como entidades de derecho público creadas por la Ley con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público, siendo de destacar además, como preceptos interesantes a los fines que nos ocupan, el que dispone que en la Ley de su creación se determinará de manera específica, entre otros particulares, el Ministerio a que hayan de quedar adscritos (art. 6.º), que el régimen de descentralización previsto no implica desvinculación de los Departamentos ministeriales a que estén adscritos (art. 8.º), que la inspección de estos organismos en cuanto se refiera al cumplimiento de los servicios que tenga encomendados corresponderá al ministro del Departamento de que dependan (art. 74), que el régimen de recursos administrativos contra sus actos es el mismo que el establecido para los actos de la Administración del Estado y que, salvo disposición en contrario, corresponderá al ministro del Departamento a que esté adscrito conocer del recurso de alzada contra los actos del órgano supremo del ente autónomo, agotándose con ello la vía gubernativa (arts. 76 y 77); a su vez, la Ley General Presupuestaria 11/1977, de 4 de enero, después de definir la Hacienda pública a los efectos de esa Ley como el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus Organismos autónomos (art. 2.º), contiene disposiciones referentes a estos organismos en materia de presupuestos (art. 48 y siguientes), intervención (art. 99), tesorería (art. 106) y contabilidad (art. 122), sobre las que ejerce trascendentes funciones el Ministerio de Hacienda.

La serena ponderación de cuanto se deja sentado y su valoración racional conduce necesariamente a estimar que, dado el régimen jurídico, organizativo y financiero de la entidad demandante que resulta de todo lo expuesto, se la ha de calificar a los efectos de que se trata de órgano de la Administración del Estado, y para lo que no es óbice el hecho de la reconocida personalidad jurídica de que disfruta, ya que, de una parte, esa condición juega con plenitud de efectos sólo en sus relaciones externas o con terceros y limitadamente, en cambio, frente a la Administración estatal a la que está adscrito, y de otra, ello no implica necesariamente desvinculación e independencia absoluta del Estado, sino que, por el contrario, de las normas legales exa-

minadas resulta patente una vinculación y una dependencia de la Administración General, a la que aparece sometida a través del mecanismo jurídico de la tutela, que si bien por esencia se da entre entes jurídicos distintos, las funciones tutelares del organismo rector hace que para determinados fines y cometidos se unifique la dualidad de sujetos integrándose en uno, del mismo modo que para dar un concepto genérico de lo que ha de entenderse por Administración pública el artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional integra en el mismo tanto a la Administración del Estado, en sus diversos grados, como a las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela de aquél; por otra parte, refuerza la tesis unitaria, sustentada como fruto de los argumentos aducidos, la consideración de que la inteligencia lógico-jurídica del particular del artículo 28 de que se trata fuerza a concluir con el juicio valorativo de que los órganos de la entidad pública mencionados en la regla del apartado a) del párrafo 4 de aquél necesariamente habrán de ser los que por tener personalidad jurídica propia podrían estar legitimados para demandar, de no existir esta norma prohibitiva, y nunca cabrá pensar que se dictó para los organismos integrados en la organización jerárquica de la Administración, puesto que su carencia de personalidad propia individualizada les priva de toda capacidad procesal y su vano intento encontraría siempre cerrado el paso por la regla del artículo 27 de la Ley reguladora de la Jurisdicción.

Dado el principio de personalidad jurídica única que respecto de la Administración del Estado proclama el artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico de la misma, resulta inocua la alegación de la parte demandante relativa a que la resolución del Consejo de Ministros que se trata de impugnar se adoptó a propuesta del Ministerio de Hacienda, respecto del que la Universidad recurrente no tiene dependencia alguna, y ello sin perjuicio del amplio cometido que corresponde a este Ministerio respecto de las entidades estatales autónomas, según se ha esbozado con anterioridad.» (*Sentencia de 20 de abril de 1982, Sala 3.ª, Ar. 1.990.*)

VIII. COLEGIOS PROFESIONALES

A) *Régimen sancionador. Es de aplicación supletoria de sus propias normas el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios y, por tanto, no se puede aplicar el régimen de prescripción de las faltas del artículo 113 del Código Penal.*

«En cuanto a la prescripción de la falta alegada por el actor, se ha de partir del principio general de la prescriptibilidad de la responsabilidad administrativa en nuestro Derecho. Pues aunque dicha causa extintiva sólo se prevea de manera expresa en preceptos específicos,

como ha señalado la más reciente jurisprudencia, en ausencia de tales determinaciones ha de integrarse con la aplicación supletoria del principio de la prescripción del ilícito, supraconcepto comprensivo tanto de sus manifestaciones administrativas como penales. Sin embargo, a la hora de precisar los plazos de prescripción en los supuestos no especialmente previstos se ha de acudir a los preceptos establecidos para infracciones de homogénea o similar naturaleza. En este sentido se distinguen dos grandes grupos: las infracciones y sus correlativas sanciones de autotutela administrativa referidas directamente al buen orden administrativo e infracciones y sanciones que tienden a la protección del orden social general actuables en relación con todos los administrados en general, sin requerir una relación de sujeción especial con la Administración, y si con respecto a éstas, se acude como supletoria a los plazos del artículo 113 del Código Penal, que señala para la prescripción de las faltas por antonomasia o penales el plazo de dos meses por cuanto de heterotutela tienen de difícil distinción sustantiva o por su esencia del ilícito penal, con respecto a las de autotutela o de protección del propio orden administrativo, entre las que figuran las disciplinarias referibles a personas que están en una relación de sujeción especial con la Administración y comprensivas no sólo de las que pueden incurrir los funcionarios en el ámbito de su relación interna con la Administración, sino a otros supuestos, entre los que figuran los profesionales integrados en Colegios en cuanto al ejercicio de su profesión, conforme al artículo 5.º, apartado 1, de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, la suplencia normativa ha de efectuarse sobre el régimen disciplinario de dichos funcionarios que constituye una especie de derecho común en esta materia, por lo que se ha de acudir a los preceptos del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 16 de agosto de 1969 (2088/69) y concretamente a los artículos 22 y 25, que establecen distintos plazos según la gravedad de la falta. En consecuencia, si conforme a la graduación del artículo 39 de los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos de 13 de junio de 1931 la infracción sancionada por el acto que se recurre, que aplicó la sexta de las correcciones previstas, sólo superada por la séptima, merece la consideración de grave, el plazo de prescripción habría de ser de dos años, que al no haber transcurrido desde la realización de los hechos constitutivos de falta, febrero o junio de 1973 al inicio del expediente, 11 de septiembre de 1974, momento en que se entiende interrumpida la prescripción, conforme al artículo 25, 2, del Reglamento de Régimen Disciplinario, no puede acogerse la causa de extinción de la responsabilidad administrativa aducida por el actor.» (Sentencia de 8 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 925.)

B) *Régimen jurídico. El Tribunal profesional no puede fiscalizar los acuerdos de la Asamblea general.*

«Porque el hecho de que el artículo 7 de los Estatutos de los Colegios de Arquitectos afirme que contra todo acuerdo adoptado por los Colegios o sus organismos puedan interponer los colegiales recurso ante el Tribunal profesional, no puede interpretarse más que en dos sentidos: o entendiendo que se está refiriendo a todos los acuerdos colegiales que rocen la materia disciplinaria o estimando que con su intervención se promueve una fiscalización de los órganos de ejecución colegiales, cuales serían la Junta de Gobierno, su Comisión Permanente y las actuaciones del Decano. Sin embargo, lo que en ningún caso debe admitirse es que fiscalicen los acuerdos de las Juntas generales del Colegio —a menos que rocen la materia disciplinaria—, pues de aceptar esta tesis llegaríamos a la conclusión de que unos colegiados que han intervenido en la Asamblea general de su Colegio y han podido votar a favor de una opción que haya resultado derrotada pueden, si se da el caso de que forma parte mayoritaria del Tribunal profesional, hacer prevalecer su opinión, convirtiendo las decisiones de la Junta general de órgano supremo de expresión de la voluntad de un Colegio en órgano de subordinación a las decisiones del Tribunal. No se olvide —además— que si estos acuerdos no se impugnasen por ningún colegiado, quedaría firme el acto de un Tribunal profesional, de competencia específica y limitada, frente a la voluntad máxima de una Asamblea general. Como tales interpretaciones conducen jurídicamente al absurdo, habrá de llegarse a la conclusión de que el Tribunal profesional del Colegio de Aragón y Rioja carecía de competencia para revisar los acuerdos de la Junta general extraordinaria del propio Colegio de 16 de diciembre de 1975.» (Sentencia de 15 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 2120.)

IX. LIBERTADES PÚBLICAS

A) *Principio de igualdad. Infringe tal principio la autorización de explotación de un bar condicionada a la no utilización de personal femenino.*

«Autorizada la actora por el Gobernador civil para la explotación de un bar con la condición de que no utilizara personal femenino para el servicio del público, el debate se contrae a decidir si esta limitación se ajusta a la Orden de 9 de marzo de 1946, en aplicación de la cual se impuso, o si por el contrario, implica una violación de las normas que excluyen cualquier discriminación por razón del sexo.

La disposición referida, conforme a la cual corresponde a dicha autoridad velar por el mantenimiento de la moralidad pública en los establecimientos de la clase indicada, no justifica tal restricción de la *igualdad de derechos de la mujer con el varón proclamada en términos generales en el artículo 14 de la Constitución y en relación al trabajo en el artículo 35, principio en este aspecto ya declarado en el artículo 10 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 a la sazón vigente*; en efecto, en la prohibición expresada se advierte el designio subyacente de evitar que el empleo de camareras pueda incidir en una desviación del servicio de éstas con fines atentatorios a la moral, pero esta cautela no la justifican ni la discrecionalidad que en el ejercicio de estas atribuciones cabe reconocer en cierto grado según la doctrina de esta Sala al Gobernador civil, que no puede referirse a la totalidad de los elementos del acto, ni el propósito de asegurar la función protectora que al mismo compete, puesto que de suprimirse la repetida condición siempre le sería factible la conservación de la moralidad, cuya guarda se le encomienda, adoptando las medidas pertinentes hasta llegar a la extrema de la retirada de la autorización y la consiguiente clausura del establecimiento, cual dec aran las Sentencias de 4 de diciembre de 1978 y 10 de enero de 1977.» (*Sentencia de 16 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 961.*)

B) *Libertad de expresión. La denegación de la autorización para instalar un transmisor de televisión no afecta al derecho de comunicar libremente información veraz. (Art. 20 de la Constitución.)*

El núcleo de la pretensión del suplico ante el Ministerio de la Presidencia en el escrito de 28 de septiembre de 1981 y el contenido en la demanda inicial del presente proceso en primera instancia, consiste en que se reconozca a don José María M. N. el derecho a comunicar libremente información veraz por sus propios transmisores de televisión VHF, UHF y cable, en y desde los lugares nombrados en el escrito presentado ante la Administración; y fácilmente se comprende que, por muy inteligentes que sean los argumentos y estudios sobre cuestiones tangentes, la esencia de la petición se circunscribe a poder informar por medio de sus propios transmisores de televisión; en otras palabras, a que se le autorice a instalar sus propios transmisores en los lugares solicitados para, a través de ellos, comunicar libremente información veraz amparado en el derecho establecido en el artículo 20 d) de la Constitución.

Sobre esta clara afirmación, es erróneo el alegato de la parte recurrente de que el auto apelado signifique una auténtica resolución sobre el fondo de la litis, planteada ante la Audiencia Nacional; en efecto, este órgano judicial lo que hace en primer lugar es delimitar

la pretensión y, hecho esto, declarar que no es materia propia de ser examinada y fallada por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre; y por los mismos y acertados argumentos del auto apelado, que asumidos plenamente, tendentes a demostrar que la protección de los derechos fundamentales de la persona enumerados expresamente en esa Ley y en el Real Decreto 342/1979 no puede hacerse extensivo por vía de asimilación indirecta a otros supuestos no comprendidos en su ámbito de aplicación, se impone la confirmación del citado auto; y este criterio e interpretación es coincidente con el mantenido por esta sala en autos de 18 de noviembre de 1981 y 2 de febrero de 1982, ante similar pretensión actora de que al amparo del artículo 20 de la Constitución, que consagra un derecho fundamental, se solicita una autorización administrativa integradora de un acto complejo, como es la instalación de un mecanismo industrial con finalidades mercantiles y de difusión de ideas y opiniones, sobre el que puede darse incluso una concurrencia de competencias administrativas, expresiva de aquella complejidad. (*Sentencia de 4 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 495.*)

C) *Libertad sindical. La no publicación por la Administración de los datos sobre la abstención habida en las elecciones sindicales no afecta al derecho fundamental de un Sindicato que propugnó tal postura.*

«La impugnación del acto administrativo recurrido, como atentatorio al derecho de libertad sindical, exige tener en cuenta que, según el artículo 28 de la Constitución, ese derecho comprende el de fundar sindicatos y el de afiliarse al sindicato elegido, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales, o afiliarse a las mismas, sin que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato, y la Ley de 1 de abril de 1977 ya había garantizado a trabajadores y empresarios la posibilidad de constituir, en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses colectivos; gozando también el derecho de libertad sindical de protección internacional, desde la fundación en el año 1919 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de forma que ésta en su Convención número 87 (1948) señaló como principios informantes de esa libertad el derecho de toda persona a adherirse a un sindicato, que los sindicatos deben ser independientes del Estado y tienen derecho a agruparse en uniones locales regionales, nacionales e internacionales y, mediante la Convención del 98, se prohibió cualquier acto de discriminación patronal por motivos sindicales, así como las injerencias de los empresarios en las Organizaciones Sindicales; llevando todo ello a estimar que las pretensiones de la apelante sólo pueden prosperar si apareciera probado que la resolu-

ción recurrida, ha atentado contra alguno de los derechos básicos de la libertad sindical, protegido por nuestra Constitución.

La apelante para fundamentar sus pretensiones alega sustancialmente que en las elecciones a representantes de los trabajadores en las empresas, celebradas en 1980, propugnó la abstención, y no obstante sus vicisitudes de información sobre el resultado de tales elecciones, el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación publicó su Resolución de 2 de abril de 1981 en el "Boletín Oficial del Estado", haciendo público los resultados globales de tales elecciones, con contenido que califica la recurrente de ambiguo e incompleto, estimando vulnerado su derecho a la libertad sindical, por cuanto la no publicación de todos los datos sobre número de empresas censadas, número de trabajadores con derecho a voto, número de votos válidos, nulos o en blanco y demás datos mínimos de los resultados electorales y el de la abstención en concreto, por ser la alternativa que la recurrente defendió en su momento, supone una descalificación tácita de una opción electoral válida y, en consecuencia, una urgencia en la táctica adoptada por la apelante en dichas elecciones sindicales, que beneficia a unos sindicatos y en consecuencia perjudica a otros, induciendo a pensar que los Sindicatos que presentaron candidatos se reparten con distintos porcentajes los votos de todos los trabajadores, lo que conduce a una situación ficticia; pero la relación generalizada y específica de los defectos atribuidos a la resolución recurrida, si bien pueden acaso poner de manifiesto defectos formales susceptibles de ser rectificadas o complementadas a través del procedimiento contencioso-administrativo ordinario, en forma alguna se advierte que la resolución recurrida atente contra ninguno de los derechos que se integran en el de libertad sindical, ni siquiera a su filosofía básica, pues el que sea posible ampliar la información de resultados de las elecciones con más datos no impide, ni siquiera obstaculiza, la fundación de sindicatos ni la afiliación o confederación sindical, ni constituye injerencia alguna en los resultados de las elecciones que se mantiene independiente de la información.» (Sentencia de 3 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 494.)

D) *Libertad de asociación. No es posible constituir una Asociación cuyo fin sea la acción pública penal.*

«La "asociación" promovida por los recurrentes, y a la que la Administración no ha dado acceso al Registro de Asociaciones, en el marco legal de la Ley 191/1964, que es el texto bajo el que se enjuicia el caso de autos, se configura como un supuesto organizativo que en otros sistemas, distintos del que rige en España, y atendiendo a modalidades de monopolio de la acción penal del ciudadano (como es el caso inglés), han dado lugar a la constitución de asociaciones (o de ligas) con el exclusivo objeto de promover la persecución de conductas

antijurídicas —pues, en su análisis atento de lo que señalan como *fin*es de la asociación—, se distinguen los que son, propiamente, *fin*es (la lucha contra la corrupción detectando las conductas antijurídicas) y los mecanismos procesales al servicio de ese objetivo (el ejercicio de las acciones), de modo que tal asociación persigue una actividad (la de investigación y persecución de las conductas que hemos dicho) y configura como instrumentos al servicio de la misma el ejercicio de la acción penal (o las de otro orden), pretendiendo, en definitiva, asumir una función pública.

Nuestro sistema jurídico penal si bien no responde al de acusación pública monopolizada por el Ministerio Fiscal, pero tampoco al otro extremo del monopolio de la acción penal del ciudadano, y tampoco al que, excluyendo el monopolio del Ministerio Fiscal, autoriza la participación de los particulares, pero legitimados en razón a tener el carácter de ofendidos por el delito, pues admite la llamada acción popular, tal como resulta de los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien la condiciona, en los que ahora interesa, al ejercicio de la acción por las personas individuales, como han venido a precisar tanto la jurisprudencia como la doctrina, esto es, se restringe el ejercicio de la acción popular "strictu sensu" a las personas individuales, pues ciudadano significa persona individual, no social o jurídica, lo que no cierra —y esto es obvio— que las personas jurídicas titulares de intereses ofendidos, es decir, lesionados o puestos en peligro, puedan ejercitar la acción penal (lo que corresponde al perjudicado), para la tutela de los intereses encuadrados en el área definida por su ámbito y fines; y siendo esto así, también en otras áreas distintas de las penales, la acción vendrá condicionada a la titularidad de derechos o intereses legítimos (en los casos de legitimación por el interés), o por el de los fines de la Asociación, en aquellos excepcionales supuestos en que nuestro derecho admite la acción pública; de modo que lo articulado como fines en los apartados B), C) y D) o viene determinado por la Ley (los artículos 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o es consecuencia de unos derechos o intereses, dentro del marco de fines de la Asociación, condicionada a exigencias de capacidad y legitimación.

Siendo esto así, los Estatutos, además de definidores de una función pública —la del artículo 2.º A)—, articulan bajo la expresión equívoca de fines aspectos instrumentales (como son el ejercicio de acciones penales o de otro orden), que tienen en la Ley sus posibilidades y en un sentido, precisamente, contrario a lo enunciado en el artículo que decimos, induciendo, si se aceptara la asociación, a la confusa creencia de que la sola afirmación del fin genérico referido en el artículo 2.º A), legitima para acudir ante los Jueces y Tribunales, que ostentan la potestad jurisdiccional, de modo que dentro del marco legal propuesto, y sin invocaciones a reconocimientos del derecho de asociación según el cuadro de derechos y libertades públicas,

que hoy es pieza esencial de nuestro ordenamiento y convivencia ciudadana, que tampoco ampararían el propósito de los actores, en los términos pretendidos, tenemos que concluir desestimando el recurso contencioso-administrativo.» (*Sentencia de 2 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.657.*)

X. SANCIONES

A) *Sanción penal y sanción administrativa. Diferencias; efectos no vinculantes de las sentencias penales sobre las sanciones administrativas.*

«La única actividad argumentativa expuesta por el recurrente se encamina a crear el ambiente preciso, basado en la absolución dictada en apelación contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado de Distrito de Portugalete, para exonerar o excluir la responsabilidad derivada de la acusada infracción, calificando el hecho acaecido como un mero accidente fortuito, destacando la función expansiva e influyente de la declaración de los hechos sentados en el ámbito de la jurisdicción penal, pero es preciso poner de relieve, como cualquier actuación de orden probatorio encauzada a justificar la razón exculpatoria que pudiera asistirle, centrada en la naturaleza de la infracción imputada, está totalmente ausente, exponiéndose en la sentencia combatida, con indudable acierto y perfecta adecuación a la situación de hecho planteada, en el ámbito del Derecho sancionador administrativo, el alcance del mismo y su relación con el Derecho penal, para extraer las únicas conclusiones admisibles, con un resultado lógico-jurídico encaminado a mantener la sanción por las características que singularizan esta modalidad de transgresiones y la valoración que debe realizarse, en función de la misma norma conculcada, lo que nos conduce a la conclusión de desestimar el recurso de apelación interpuesto, sin necesidad de hacer especial imposición en cuanto a las costas causadas en esta apelación a parte determinada.» (*Sentencia de 29 de diciembre de 1981, Sala 3.ª, Ar. 2.162.*)

B) *Prueba. Actas extendidas por los Inspectores de Trabajo. La presunción de veracidad no es incondicional y absoluta.*

«Aun cuando ello sea abundar en los acertados razonamientos contenidos en la resolución jurisdiccional impugnada, necesario es insistir en que la presunción de la veracidad que por el artículo 10 del Decreto citado en los "Vistos" se atribuye a las actas extendidas por los Inspectores del Trabajo no es tan incondicional y absoluta que no consienta prueba en contrario, por una parte, ni que, por otra, la merezca sin el previo cumplimiento de las formalidades y requi-

sitos legales que se establecen en los artículos 1, 3 y 4 del propio precepto, según el mismo exige y se recuerda, entre otras sentencias, por la de este Tribunal de 23 de junio de 1980, que constituyen garantía de eliminación de cualquier arbitraria apreciación de circunstancias, imputación de hechos y de la consiguiente sanción, y que se obtiene por la constatación de acontecimientos directamente perceptibles por el Inspector, según se infiere del fallo del 26 de mayo de 1981, a través de la personal y directa comprobación requerida por los de 17 de marzo de 1978, 7 de mayo de 1980 y 28 de enero de 1981, pues, en definitiva, nunca es dable prescindir de la realidad de que repetida acta supone el documento que sirve de respaldo fáctico a la sanción condigna a la infracción advertida, y aquella según reiterada doctrina jurisprudencial que, por su notoriedad, releva de concreta cita, no puede imponerse con base exclusiva en simples indicios, meras presunciones o subjetivas conjeturas, en vista de la íntegra asimilación del Derecho Administrativo sancionador a los principios rectores del Penal, de tal manera que, como declararon las Sentencias de 28 de enero y 4 de febrero de 1981, de no comprobarse a través de referidos documentos los hechos determinantes de aquélla se despoja al proceso sancionador de una de las garantías esenciales exigidas en la norma 1.ª del artículo 1.º del indicado Decreto, deviniendo nulo el procedimiento de tal naturaleza que está afectado por mencionado vicio de origen.» (Sentencia de 22 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 2.134.)

C) *Sanción de plano. No supone la nulidad de pleno derecho con carácter automático.*

«El principio de separación de poderes propio de todo Estado de Derecho, determina el que los Tribunales de Justicia tengan que ceñirse al campo que les ha sido acotado, de resolver el caso concreto, de acuerdo con la lealtad imperante, sin poder dirigir órdenes a los otros Poderes del Estado, ya que ni siquiera puedan aprobar, censurar o corregir la aplicación o interpretación de las leyes, hecha por sus inferiores en el orden jerárquico, sino cuando administren justicia en virtud de las apelaciones o de los recursos que las leyes establezcan». según reza textualmente la venerable Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, en su artículo 4.º, declaración que se hace a los efectos de destacar que ante la obstinación del Ministerio del Interior de seguir en la materia de autos un procedimiento tan sumario y falto de garantías para el administrado como ocurre con el tramitado en esta ocasión, desentendiéndose de la más reciente jurisprudencia, nada innovadora, sino fiel intérprete de la normativa vigente en la actualidad, esta Sala, por lo antes dicho, sólo puede lamentarse de que las cosas se sucedan de esta forma, pero confiando en que las autoridades de dicho Ministerio adquieran conciencia de

este problema y que, a no dudar, lo corregirán, en beneficio de sus propias decisiones y de los fines rectos que con ellas persiguen.

Con lo que acaba de afirmarse se da por supuesto, y se anticipa, el hecho de que el *expediente sancionador que nos ocupa se resiente de la fuerza inercial producida por disposiciones tan periclitadas como la contenida en el artículo 137, 5.º, del Reglamento de 31 de enero de 1947, y de la forma en que se han venido aplicando las sanciones basadas en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, ahora bien, del extremo consistente en aplicar la teoría de la "sanción de plano" no se debe pasar al extremo opuesto de responder con el automatismo de la nulidad absoluta, sin atender las circunstancias concurrentes en cada caso, y comprobar si en ellos se ha producido o no indefensión para el administrado, piedra de toque esta última para dosificar y graduar las respuestas más adecuadas a las infracciones procedimentales cometidas, ya que, como ha puesto de relieve la doctrina legal, y la científica, una aplicación rígida de las nulidades, en muchísimos casos produce efectos contrarios a los pretendidos, esto es, perjudiciales para los propios particulares a los que se pretender defender.*

Es debido a las razones expuestas por lo que *la jurisprudencia ha venido pronunciándose a favor de la parsimonia y moderación en la aplicación de la teoría de las nulidades*—sentencias de 21 de enero de 1936, 21 de diciembre de 1951, 22 de noviembre de 1954, 12 de octubre de 1960, 4 de enero de 1963, 24 de diciembre de 1975, 2 de julio de 1976, 15 de diciembre de 1981 y 1 de febrero de 1982—, *no tomando éstas en consideración cuando, a pesar de ellas, no ha existido indefensión*, que es lo que ocurre en el supuesto de que se trata, en el que la ausencia de trámites obligados, como la formulación del pliego de cargos y el trámite de audiencia, han podido ser prácticamente suplidos con las extensas alegaciones hechas por la sociedad recurrente, al haber podido interponer en tiempo hábil el recurso de reposición tal y como se razona en un caso análogo en la sentencia de 6 de junio de 1980.» (Sentencia de 20 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.518.)

D) *Arresto sustitutorio. La ilegalidad de tal medida obliga a la Administración a indemnizar por el valor de la multa en sustitución de la cual se impuso el arresto.*

«*La aplicación al procedimiento administrativo sancionador del fundamental principio de legalidad, constantemente declarada por la jurisprudencia con carácter general y muy especialmente en relación con aquellas sanciones que comportaban el arresto sustitutorio, como ocurría en tiempos pasados con la Ley de Orden Público, atributiva en este sentido de facultades administrativas que encubrían una auténtica potestad judicial, significa en uno de sus principales aspectos que la sanción venga apoyada en la prueba de que el hecho castigado haya sido realmente cometido por aquella persona a la que*

se le impone, y tal prueba no puede en forma alguna estimarse conseguida en un expediente, como es el de autos, en el que el acto sancionador, adoptado de plano sin audiencia de la interesada, va precedido exclusivamente de una declaración en la cual ésta niega haber realizado actividad política alguna y se limita a reconocer que mantiene relaciones personales con un tal Francisco R. M., que al parecer, pues ello tampoco se documenta, era militante del Partido Comunista, dedicado a la agitación en contra del régimen político anterior, durante cuya vigencia se produce el acuerdo recurrido, no constando ninguna otra clase de prueba, ni siquiera informes policiales, hasta el punto de que tampoco figuran las tarjetas postales que se dice por los funcionarios actuantes haber sido intervenidas en su domicilio; y si a ello se une que el acuerdo sancionador aprecia en la sancionada una conducta generalizada e indeterminada de subversión política y laboral, alteración de orden público y asistencia a reuniones clandestinas preparatorias de campañas de perturbación social, sin la más mínima especificación del tiempo, lugar y demás circunstancias de los actos concretos y singularizados en que se fundamenta dicha imputación general, resulta innegable que el citado acuerdo ha infringido notoriamente el principio de legalidad referido, incidiendo en una manifiesta ilegalidad.

Dicha ilegalidad convierte en igualmente ilegal la privación de libertad que durante dos meses sufrió la recurrente en la Prisión de Mujeres de esta capital, y que le ocasionó el correspondiente daño físico y moral que necesariamente acompaña a toda privación de libertad en un centro penitenciario, cuya obligación de ser indemnizado por la Administración debe estimarse aparejada a la declaración de nulidad de la sanción, dada la naturaleza ilícita de ésta.

La dificultad que normalmente acompaña al problema de determinar el contenido económico del citado daño físico y moral soportado por la recurrente a consecuencia de su ilegal arresto resulta fácilmente superable en el caso de autos en virtud de la equivalencia que la propia Administración ha establecido entre dicho arresto y la multa de 200.000 pesetas en sustitución de la cual se le impuso, debiendo en su consecuencia cifrarse en dicha cantidad el importe de la indemnización debida por la Administración, ya que, por otro lado, esa cantidad se manifiesta en la práctica judicial como suficiente para reparar el daño causado, y que deberá ser pagada por la Administración en el plazo de tres meses a partir de la recepción del testimonio de esta sentencia, con devengo en otro caso de los intereses de demora determinados según el tipo básico del Banco de España vigente al día siguiente del vencimiento de dicho plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 11/1977, de 4 de enero, y la doctrina establecida en esta materia por la sentencia de 2 de febrero de 1980, por asunción de los considerandos de la sentencia que confirma. (Sentencia de 1 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 605.)

E) *Prescripción. Irretroactividad de las reglas sobre prescripción de infracciones que sean perjudiciales para los afectados.*

«Al reiterarse en esta vía de apelación la supuesta prescripción de las posibles infracciones administrativas que son objeto del presente proceso, procede se examine esta pretensión con carácter prioritario al resto de las cuestiones que el mismo pudiese ofrecer, pudiendo incluso recogerse de oficio tal pretensión, tal como ya lo dijera esta Sala en su sentencia de 22 de mayo de 1979, de ahí que siendo un hecho indiscutido e indiscutible la aplicación del instituto prescriptorio a las infracciones administrativas, lo trascendental al respecto es la fijación del plazo, cuyo transcurso o devenir genera las consecuencias de tal instituto, plazo que doctrinalmente se ha venido fijando en el de dos meses, salvo que otra cosa se manifestara en Ley especial, y ello porque el ilícito cuasi penal que tales infracciones conllevan requiere un tratamiento acorde con las infracciones estrictamente penales por cuanto, de no ser así, aquéllas se verían enjuiciadas con un trato de desfavor, del que no gozan las de índole estrictamente penal, artículo 113 del vigente Código Penal, sobre todo cuando éstas ostentan un mayor grado de antijuridicidad y peligro, de ahí el trato igualitario que este Tribunal ha venido manifestando, sentencias de 14 de febrero y 22 de mayo de 1979, entre otras, lo que no obsta a que legalmente se establezcan otros plazos, ínterin éstos se tipifiquen y se adopten legalmente, supuesto que no se da en el caso debatido, pues si bien es cierto que por Decreto de 8 de octubre de 1976 se estableció un plazo de prescripción de cinco años para las infracciones controvertidas—no es éste el momento ni el procedimiento para examinar la legalidad del ca'endado Decreto—, sin embargo, el citado Decreto no puede pautar las mismas en cuanto que todas ellas se realizaron y llevaron a la práctica mucho tiempo antes al de entrada en vigor, por lo que, si se aplicara el mismo, sería en base de una retroactividad que no puede admitirse en términos generales, sobre todo si, como acontece en el supuesto de litis, la misma irrogaría a la entidad apelante una notable agravación en las consecuencias y un efecto contrario al que implica y conlleva la prescripción, caso de constarse, sin que sea óbice a ello la declaración de la disposición transitoria 1.ª del precitado Decreto en cuanto que, si bien en ella se establece la retroactividad del plazo de prescripción, estereotipado en el mencionado Decreto, a todas las infracciones realizadas, aunque lo hubiesen sido con anterioridad a su vigencia, tal disposición transitoria no se ajusta a la legalidad vigente al conculcar, clara y flagrantemente, el principio de irretroactividad de las mismas, sobre todo de las penales, y en tanto en cuanto perjudiquen a los infractores o admitidos—cual sería la hipótesis de autos en cuanto que, si se estima el plazo de los dos meses, las infracciones que nos ocupan, como se razonará expresivamente, estarían prescritas, mientras que si se acoge el plazo quinquenal no lo estarán, con el consiguiente perjuicio para

la entidad apelante—, máxime cuando la retroactividad, plasmada en el Decreto enjuiciado, infringe el artículo 24 del Código Penal, numerosa y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, artículo 2.º, apartado 3, del Código Civil y, en especial, el artículo 9.º, 3, de nuestra Constitución, normas todas ellas de superior rango a la del Decreto que nos ocupa, con las consiguientes vulneraciones del principio de jerarquía de las normas, consignado en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Jurídica de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, 46, 47 y concordantes de la Ley de 17 de julio de 1958 y, de manera trascendental, el artículo 9.º, 3, de nuestra actual Constitución, situación y hecho que conlleva a declarar como no ajustado a Derecho el Decreto que nos ocupa, concretamente en su disposición transitoria 1.ª, y, en consecuencia, a enjuiciar las infracciones controvertidas desde el punto de vista de su prescripción o no, desde el prisma del transcurso de los dos meses a que hace referencia el artículo 113 del Código Penal. criterio este que parece coligió la Sala *a quo* y que no estimó por entender que había de estarse a lo declarado por el Decreto cuestionado, ínterin el mismo no puede declararlo por Tribunal competente como no ajustado a Derecho, olvidando que frente al recurso directo contra disposiciones generales también existe el recurso indirecto del artículo 39, 2, 4, de la Ley de 27 de diciembre de 1958, que persiste la impugnación de las actas que se produjeran en aplicación de las disposiciones generales, fundándose en que éstas no se ajustaron a Derecho, con independencia de que se hubieran o no impugnado dichas disposiciones generales de manera directa, sin más limitación de que el Tribunal sentenciador sólo ha de circunscribir su declaración a la del acto de aplicación de aquéllas—sentencias de este Tribunal de 10 de octubre de 1968 y 7 de abril de 1973, entre otras—, anulándolo en base *exc'usivamente* de que la disposición general de que trae causa no se ajusta a Derecho, pues sin anular ésta, ya que ello sólo puede realizarse a través del recurso directo contra dichas disposiciones, de ahí la equivocación de la sentencia apelada, pues la Sala de la que devino pudo y debió examinar, desde este ángu'o, las resoluciones recurridas, con independencia, claro está, de la posible y exclusiva competencia de este Alto Tribunal para anular o no el Decreto enjuiciado a través del consiguiente recurso, hipótesis que no contemplamos ahora, por todo lo cual la prescripción de las infracciones de *litis* ha de contemplarse desde la perspectiva del transcurso o no de los aludidos dos meses, nunca a través del plazo de los cinco años a que hace referencia el Decreto de 8 de octubre de 1976, y a la retroactividad contemplada en la disposición transitoria 1.ª del mismo, pues aunque debería aplicarse—no es éste el momento de analizar la legalidad o no del aludido Decreto—ese plazo prescriptivo de cinco años a las infracciones cometidas en la materia que nos ocupa, éstas habrían de haberse producido a partir de su vigencia, nunca a los anteriores, habida cuenta que esa disposición transitoria

no se ajusta a Derecho, es decir, al Ordenamiento jurídico vigente en la materia, al conculcar preceptos de rango superior, en especial el artículo 24 del Código Penal y el artículo 93, 3, de nuestra Constitución o supernorma legal, "la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de medios individuales...", que consagran la irretroactividad de toda norma que, con carácter o naturaleza sancionadora, irroque perjuicios a los afectados para una conducta realizada fuera de su vigencia, así como la observancia estricta del principio de jerarquía de las normas, incluso el de legalidad, pues sólo éste puede existir si se observa y protege la jerarquía de las normas, principio cardinal del de la legalidad del actuar administrativo.» (*Sentencia de 10 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 502.*)

XI. ECONOMÍA

Libertad de empresa:

1. *No afectan a tal principio cuantas medidas y limitaciones se adopten para defender la calidad de los aceites comestibles y evitar la comisión de fraudes en su elaboración y comercialización.*

«Después de todo lo expuesto, queda sólo por examinar el tema de fondo, el más importante, desde luego, pero en este caso el que requiere menores explicaciones, sobre todo *después de los recientes y luctuosos acontecimientos relacionados con las adulteraciones producidas en aceites de consumo humano*, acontecimientos que vienen a demostrar que si en algo peca el Decreto en controversia, en su propósito de defender "la calidad de los aceites comestibles" y de luchar "contra la comisión de fraudes en su elaboración y comercialización", es en haber resultado incompleto o insuficiente, o no debidamente aplicado; por ello, en estos momentos, sólo el deber de mesura en el empleo del vocabulario propio del estilo forense, y sobre todo del de las resoluciones judiciales, impide o aconseja, en un proceso que no es enjuiciatorio de los hechos a que se está haciendo referencia, emitir determinadas calificaciones de los mismos; sin embargo, *la experiencia tenida con tales acontecimientos debe servir, por lo menos, para desautorizar por completo la invocación al derecho de libertad y a la economía de mercado como valores justificativos de la oposición a lo que la accionante considera un intervencionismo abusivo y unas limitaciones improcedentes; la libertad, bien preciado, incluso dentro del más puro Estado de Derecho no es la libertad para el abuso, ni mucho menos para poner en peligro la salud y la vida de los humanos; por ello, cuantas medidas deban adoptarse en la protección*

de estos valores deben merecer no sólo aprobación, sino encomio, aparte de que no es la jurisprudencia la llamada a decidir cuáles deben ser las medidas técnicas a adoptar con estas finalidades. *(Sentencia de 21 de diciembre de 1981, Sala 4.ª, Ar. 768 (1982).)*

2. Valor del principio constitucional de economía de mercado.

«Abundando en las razones obstativas a la viabilidad de la pretensión indemnizatoria y contenidas en la sentencia apelada, no debe olvidarse que en este caso la actora es titular de una autorización administrativa de instalación y explotación de una central lechera en la zona de Pontevedra, sin que consten aportados al proceso la totalidad de los datos sobre el ámbito objetivo y especial de la concesión otorgada, su carácter exclusivo, sus posibilidades técnicas y económicas para cubrir en su totalidad las exigencias del mercado de la leche (en la doble faceta de producción, consumo, etc.), que inicialmente se manifiesta como sector de desarrollo anormal y los datos ofrecidos resultan parciales por incompletos, dado que la sentencia de este Tribunal de 13 de febrero de 1973 sólo excluyó del concurso de adjudicación de la central lechera a la empresa licitadora "Larsa" por no reunir los requisitos exigidos, esto es, carecer de autorización administrativa para dedicarse a la actividad de higienización, etc., de la leche (era empresa dedicada a la elaboración de quesos, etc.), actividad no libre por prescripción del Decreto-ley de 1 de mayo de 1952 y Orden ministerial de 30 de mayo de 1963, a la vez que no aportaba proyecto técnico; pero, por otro lado, se silencia todo cuanto hace referencia a las limitaciones establecidas sobre la venta del producto —conforme a las bases aprobadas— en el área de suministro atribuido en la concesión, pues es posible el sistema de concurrencia cuando el concesionario no dispone de los medios idóneos (o el alcance de la autorización es limitado) para cubrir la totalidad del suministro, unido a que es un principio general que fuera del "área" debe proclamarse la libertad de tráfico, aparte de ello no puede silenciarse que en el Derecho actual los principios que informan el Ordenamiento —artículos 128, 2, y 130, 1, y concordantes de la Constitución; artículo 3.º, 1, del Código Civil; sentencia de 3 de noviembre de 1980, etc.— abonan la tesis de la libertad de instalación de empresas, ejercicio lícito de la industria y el comercio (economía de mercado), limitando la actuación administrativa, dentro de la Ley, a supuestos excepcionales de regulación de sectores anormales o deficitarios, de interés general, control, etc., pero sin que quepa entender investida la Administración de facultades de libre apreciación al margen o más allá del ámbito que pueda demandar una racional apreciación de los hechos o requisitos determinantes.» *(Sentencia de 15 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 2.121.)*

XII. MEDIO AMBIENTE

Organos competentes. No lo es el Ministerio de Cultura.

•El Ministerio de Cultura no está legalmente apoderado para adoptar medidas de defensa de la naturaleza, cuya protección (art. 7.º de la Ley de 2 de mayo de 1975 sobre Espacios Naturales Protegidos) queda encomendada al Ministerio de Agricultura, a través del ICONA, previa declaración formal que especifique para cada lugar los valores o peculiaridades que la han determinado y los objetivos de todo orden que se pretenden alcanzar; cierto que la defensa de los *aiguamolls* de la Costa Brava es un tema que, como reconoce el director general del Medio Ambiente y secretario general de la Comisión Interministerial del Medio Ambiente (CIMA), ha sido motivo de estudio y preocupación para esta Comisión; cierto también que el Pleno de la CIMA acordó en su reunión de 6 de junio de 1977 poner de manifiesto la urgencia y necesidad de una planificación territorial de la zona, así como que el Ministerio de la Vivienda incluyera los indicados espacios en el catálogo previsto en el artículo 25 de la Ley del Suelo, para que posteriormente —dice el acuerdo al que ahora nos referimos— el ICONA procediese a declarar los espacios naturales protegidos; pero cierto igualmente que, en definitiva, los órganos competentes nada han hecho por el momento (al menos no se acredita en el expediente) en orden a poner tales *aiguamolls* bajo un estatuto jurídico que les salve de su posible desaparición; la Ley de Protección del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933 no suministra la cobertura legal idónea para acometer tal objetivo y, por ello, cualquier intervención que con tal fin que invoque dicha Ley estará viciada de invalidez.» (*Sentencia de 14 de abril de 1982, Sala 3.ª, Ar. 2.170.*)

XIII. URBANISMO

A) *Planificación. Suspensión automática de licencias. Inimpugnabilidad.*

•*Si entonces no es viable esa impugnación conjunta, tampoco es posible atacar separadamente la suspensión de las licencias—y ello hace irrelevante el hecho de que el actor tuviera interpuesto ante el mismo Tribunal a quo el recurso que al presente pretendió acumular—, por la simple razón de que si ello resultaría factible cuando regía el artículo 22 de la Ley de 12 de mayo de 1956—porque esa suspensión era simplemente potestativa y, por ello, requirente del correspondiente y preceptivo acuerdo expreso— la problemática es otra muy distinta después de regir el 27 del repetido texto refundido, por la*

única pero poderosa y contraria circunstancia de no demandarse acto administrativo alguno para que se produzca una suspensión que automáticamente opera, según mandato legal, como mero efecto necesario y directo de una causa que se constituye por esa aprobación inicial del Plan, y así resulta de las sentencias de esta Sala de 19 de diciembre de 1979, 22 de diciembre de 1980 y 23 de junio de 1981, explicándose por la de 3 de junio de 1981, por lo mismo, que tal suspensión es automática una vez aprobado inicialmente el Plan; su impugnación de modo autónomo, respecto de dicho Plan, "se halla supeditada a motivos distintos de aquellos... que dan lugar a la suspensión automática de referencia, y como quiera que la inmobiliaria apelante impugnaba la suspensión con base en la legalidad de las modificaciones urbanísticas que introducía el Plan Parcial, resulta obvia la imposibilidad de impugnar la suspensión de modo independiente hasta que el referido Plan Parcial, automáticamente determinante de los efectos suspensivos, sea de suyo impugnabile con la aprobación definitiva, y sin perjuicio de las pretensiones indemnizatorias a que, en su caso, hubiere lugar en Derecho.» (Sentencia de 16 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.396.)

B) Edificación:

1. *Derribo de fincas según la Ley de Arrendamientos Urbanos. Razones que debe valorar el gobernador civil para otorgar la autorización. Reducción de la discrecionalidad por motivos histórico-culturales.*

«La adecuada solución del problema que en este recurso se plantea exige sentar como punto de partida que la autorización para demoler edificaciones a que se refieren los artículos 78 y 79 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos no supone la atribución de facultades totalmente discrecionales al gobernador civil para concederla o denegarla, no ya sólo porque la discrecionalidad absoluta no puede predicarse respecto de la totalidad de los elementos de un acto administrativo y porque, en definitiva, dicha discrecionalidad se circunscribe a determinar las razones que puedan abonar la oportunidad de su adopción, en los casos en que el Ordenamiento explícitamente atribuye esta facultad a la Administración, sino porque los propios preceptos acabados de señalar, en concreto el segundo de los mencionados y también el 81, 5, establecen ya unas pautas, aun cuando sea a título ejemplificativo, en base a las que ha de resolver sobre el otorgamiento o denegación de la autorización para demoler, siempre sin perder de vista que la verdadera finalidad de la Ley, conforme tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo—sentencia de su Sala 4.ª de 28 de abril de 1978, por no citar otra que una de las más

recientes—, *no es otra que el logro de un más perfecto aprovechamiento del suelo y de los servicios públicos en beneficio de los intereses comunitarios de las poblaciones; quiere decirse con lo expuesto que en aquellos casos en que se esté ante edificaciones en que por sus especiales características urbanísticas o artísticas el originario destino de la vivienda haya pasado a un plano completamente secundario y en que, por ende, no se estaría ya en presencia del problema de sustituir un inmueble de menor número de viviendas por otro que tenga, por lo menos, una tercera parte más, para coadyuvar así al remedio de su escasez, sino ante el de ponderar la entidad de esas especiales condiciones o circunstancias que concurren en la construcción que se pretende demoler, para, en definitiva, concretar cuál sea el interés general dominante en el supuesto comunitario suscitado sea preciso concluir la necesidad de que la Administración tenga en cuenta las aludidas condiciones urbanísticas o artísticas del edificio de que se trate y no se circunscriba exclusivamente a los criterios recogidos en los preceptos anteriormente señalados en la Ley de Arrendamientos Urbanos.» [Sentencia de 16 de diciembre de 1981, Sala 4.ª, Ar. 1.450 (1982).]*

2. *Procede legalizar obras sin ajustarse a licencia si lo realizado se adecua a la Ley y al Plan. No cabe, por tanto, denegar la legalización por motivos estéticos subjetivos.*

•Abundando en la línea temática ya expuesta en la sentencia apelada debe señalarse que, aunque este Tribunal no puede ni debe dar su opinión sobre la conveniencia o no del color dado a la fachada de la edificación objeto de este litigio, al igual que tampoco lo hizo el Tribunal a quo, por cuanto la misión específica de los Tribunales de este orden jurisdiccional es la de revisar los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo para determinar si los mismos se ajustan o no al Ordenamiento jurídico—art. 1.º de la Ley Jurisdiccional—, pues, como ya se ha declarado por este Tribunal—sentencias de 11 de mayo de 1968 y 2 de octubre de 1972—, *esta jurisdicción no está montada para sustituir criterios sociológicos, económicos y políticos adoptados por la Administración o por el Gobierno, sino para revisar la legalidad de los actos administrativos recurribles conforme a su misión específica*, pues bien, en el concreto estudio de la cuestión debatida debe resaltarse que la fijación de los valores estéticos de una determinada edificación no puede ser establecida ni por la aplicación discrecional de una determinada norma urbanística—tal como expresamente se manifiesta por el Ayuntamiento apelante en la consideración G), 5.ª, del acuerdo impugnado de 6 de octubre de 1977, denegatorio de la solicitud de legalización del cambio de color de la piedra granítica situada en la fachada—ni tampoco por la simple opinión personal de los componentes de la Comisión Municipal Per-

manente del referido Ayuntamiento, toda vez que lo que corresponde en dicho supuesto, como en cualquier otro que afecte a la facultad de edificación que, como inherente al derecho de propiedad, corresponde a todo titular dominical de un determinado terreno, es si tal facultad es desarrollada conforme a la ordenación urbanística vigente —nunca aplicada discrecionalmente, sino de forma reglada—, teniendo en cuenta para ello que si bien aquella ordenación, como toda norma jurídica, resulta muy difícil aplicarla de modo abstracto, ya que siempre habrá que atender a la insoslayable realidad social en que todo conflicto se encuentra inmerso, en los supuestos en que hayan de aplicarse conceptos indeterminados de carácter esencialmente técnico, como son indudablemente los que se reflejan en la norma 5.1 de las generales de estética de las Ordenanzas de la Construcción de Albacete, soporte y fundamento de la denegación de la legalización solicitada en su día por la entidad apelada, tales normas deberán ser aplicadas teniendo como factor determinante para ello, además de aquellas consideraciones anteriormente expuestas, lo que al efecto informen los servicios técnicos municipales o, en último grado, lo que organismos o corporaciones especializados en cuestiones que afecten a la estética de una edificación o en las Bellas Artes puedan decir en cuanto a la valoración estética y urbanística de un color verde oscuro en la fachada de un edificio, pero sin que en modo alguno pueda aceptarse que sin ningún apoyo técnico, pues nada en este sentido figura en el expediente administrativo, y de forma discrecional, basada en la simple opinión de los componentes de la Comisión Permanente de una Corporación municipal, fundada en una supuesta condición antiestética de dicho color, se pueda decidir la demolición de toda la fachada de una edificación, recubierta aquélla de una piedra granítica pulida, cuya calidad no es puesta en duda ni en las actuaciones administrativas ni en estas procesales y sí solamente cuestionada en cuanto a su color.

A mayor abundamiento, en la sentencia apelada se ha dejado constancia de la heterogeneidad, en cuanto a épocas, estilos, volúmenes y colores, de los diferentes edificios existentes en la zona de influencia del cuestionado, en cuanto al color de su fachada, en este procedimiento, declaración que no ha sido negada en modo alguno en esta alzada por el Ayuntamiento apelante, lo que implícitamente supone la aceptación de tan importante circunstancia, habiéndose igualmente acreditado que ninguno de los edificios que pudieran resultar afectados estéticamente por aquél tuviere en el momento de solicitarse la legalización del cambio de color de la fachada una específica calificación histórico-monumental que motivara una protección especial, en el supuesto, no acreditado, insistimos, de que la edificación mencionada en su conjunto fuera atentatoria a la estética del entorno urbanístico en que se ubica.» (*Sentencia de 5 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.667.*)

C) *Licencias. Subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo. Momento en que se produce.*

•Tal como dijimos anteriormente, *si bien la conclusión desestimatoria es acertada, por el contrario, los argumentos de la sentencia apelada no son jurídicamente correctos*, en el concreto particular de los mismos que declaran nulo el acuerdo del Ayuntamiento de Málaga de 4 de junio de 1976, que denegó la licencia de obras solicitada por la entidad hoy apelante, y ello porque, como bien dice la citada entidad en el escrito de alegaciones, la presente apelación viene determinada de forma decisiva por lo resuelto en cuanto la anterior apelación número 45.582, interpuesta por la misma parte y por el Ayuntamiento de Málaga, y en la que se enjuiciaba precisamente tanto el citado acuerdo de 4 de junio de 1976 como el acuerdo de suspensión de 28 de mayo anterior, apelación en la que el 5 de febrero de 1979 se dictó sentencia por esta Sala declarando ambos acuerdos conformes a Derecho, el primero porque *la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo, establecida en el número 7.º, a), del artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, no se produce automáticamente, sino cuando por dicha Comisión se reclama la facultad municipal de conceder licencias de obras "y de ello tiene conocimiento el Ayuntamiento respectivo, pudiendo éste, entre tanto ello no sucede, seguir actuando y resolver sobre la materia con validez y con la sola irregularidad de la extemporaneidad", lo que, a tenor del artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no implica nulidad del acuerdo.*» (Sentencia de 26 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.685.)

XIV. PROCEDIMIENTO

Silencio positivo. La petición de informes por la Administración, no notificada al interesado, no suspende el plazo para la producción del silencio positivo.

«A tenor del artículo 18, 1, de la Ley número 48 de 1966 —en vigor según la tabla de vigencia y derogación del Decreto número 3250, de 30 de diciembre de 1976, por el que se desarrollaron determinadas bases del Estatuto de Régimen Local de 19 de noviembre de 1975—, el Gobierno Civil de Gerona tenía tres meses para decidir expresamente sobre la petición de aumento de tarifas del suministro de agua potable de la urbanización "Golf Costa Brava", iniciada por "Santa Cristina Development, S. A.", con la grave consecuencia de que, de no resolver tal expediente en el citado plazo, se entenderían aprobadas automáticamente las tarifas informadas favorablemente por el Ayuntamiento de Santa Cristina de Aro el 21 de mayo de 1976, y ello por

la doctrina y legalidad que el instituto del silencio positivo implica, de tal manera que el único camino para obviar esta aprobación automática no podía ser otro que el de dictarse, por el Gobierno Civil aludido, la pertinente resolución expresa en el plazo señalado, pero no dictándose esa resolución expresa extemporáneamente, es decir, fuera del aludido plazo de tres meses, ya que tal proceder concu'ca la legalidad y doctrina sobre la revocación de los actos de la Administración, pues, producido el acto presunto que el silencio positivo engendra, éste sólo puede quedar sin efecto si la Administración se ajusta en su proceder al instituto de la revocación de los actos de la Administración, es decir, al mecanismo estereotipado de los artículos 109 y 110 de la Ley de 17 de julio de 1958, por lo que habiendo tenido entrada en el Gobierno Civil de Gerona el expediente que nos ocupa el 28 de noviembre de 1976, la resolución expresa de tal Organismo de 25 de noviembre de 1977 no puede tener ejecutoriedad y eficacia alguna, en cuanto que habían transcurrido con exceso los tres meses dentro de los cuales había de adoptarse la misma, por lo que es evidente que la calendada resolución ha de ser anulada por no ajustarse a Derecho y, en tal sentido, estimarse el recurso instado con tal súplica.

El citado plazo de tres meses no puede quedar obviado por la petición de informe que el Gobierno Civil hiciese respecto en tanto en cuanto la citada petición de informe, en el mejor de los supuestos, no fuera notificada fehacientemente al interesado en el expediente en cuestión, al objeto de que éste supere, de manera auténtica y expresa, la demora que tal petición de informe razonablemente produciría, con la consiguiente suspensión del citado plazo, hipótesis que no se da en el supuesto enjuiciado, en el que si bien es cierto que se pidieron informes a la Comisaría de Aguas del Pirineo Oriental, a la Delegación del Ministerio de Industria y Energía, al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y a la Comisión Provincial Delegada de Asuntos Económicos, sin embargo tal petición no parece fuera comunicada a la parte interesada del expediente que se enjuicia, pues ni siquiera el representante de la Administración alega tal notificación, notificación que en parte alguna aparece, por lo que la petición de informe en cuestión, hecha de manera interna y sin notificar al interesado en el expediente, no puede ni pudo orillar el transcurso fatal del citado plazo, por lo que el acto presunto producido por su transcurso es válido y eficaz y no puede ser dejado sin efecto por esa resolución expresa, objeto de controversia, advenida al mundo de la realidad extemporáneamente, y cuando la entidad, interesada en las tarifas controvertidas, tenía el derecho subjetivo de su aprobación totalmente adquirida y en su patrimonio, derechos adquiridos de los que no puede desprenderse sin hacer uso la Administración del procedimiento legalmente establecido al respecto, el que, desde luego, no es el de dictar una resolución expresa y extemporánea y, a mayor abundamiento, éste es el camino a seguir en la materia de autos, tal como al efecto esta-

blece la regla 7.ª de la Orden ministerial de 30 de septiembre de 1977, en la cual se manifiesta: "que los plazos establecidos en la presente disposición —los aludidos tres meses, regla 6.ª de la citada Orden— se entenderán en suspenso cuando el órgano que haya de informar o resolver aprecie la falta de documentos esenciales para su informe o resolución. La suspensión se contará a partir del momento en que se notifique el defecto a través del Gobierno Civil al órgano proponente y al concesionario solicitante de la modificación de tarifas, y subsistirá hasta tanto que se resuelva aquél", de ahí que al no cumplir el Gobierno Civil no ya el espíritu de la doctrina del silencio positivo que exige que los tres meses no queden en suspenso por el arbitrio de la Administración y al socaire de una petición de informes o documentos, sino de la legalidad vigente en la materia, la Orden ministerial invocada y el Decreto del que trae causa, la consecuencia es la estimación del recurso, en su día entablado, contra la resolución expresa extemporánea de 25 de noviembre de 1977 y, en su consecuencia, la nulidad de la misma, tal como al efecto dispone la sentencia objeto de esta apelación que, por lo que razonado queda, ha de ser confirmada totalmente.» (*Sentencia de 3 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 539.*)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

A) Competencia. La declaración de incompetencia y remisión de los autos a la Sala competente puede acordarse antes, en el momento o después de dictar sentencia.

•La sentencia apelada declaró inadmisibile el recurso por estimar que la competencia para su conocimiento y resolución corresponde a la Audiencia Nacional, dado que la resolución del Gobierno Civil de Vizcaya se limita a reproducir y publicar la adoptada por la Dirección General de Comercio Interior, según demuestran las actuaciones incorporadas a los autos.

De lo expuesto se infiere, de una parte, que procede la confirmación de la sentencia apelada por cuanto resulta evidente la competencia de la Audiencia Nacional para sustanciar y resolver el recurso interpuesto, y de otra, que *el derecho de la parte ha de quedar incólume, dada la defectuosa publicación de la resolución impugnada.*

Con arreglo al artículo 8.º, 3, de la Ley de esta Jurisdicción, "cuando se declare la incompetencia de la Sala con anterioridad a la sentencia, se remitirán las actuaciones a la que sea competente para que siga ante ella el curso de los autos"; y que, según el párrafo 2 del mismo artículo, la competencia puede ser apreciada de oficio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.º del Código Civil, las normas han de interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y del texto literal de la norma que acaba de transcri-

birse en el anterior considerando *se deduce inequívocamente un principio de favor litigantis que no permite hacer de distinta condición al recurrente equivocado, en cuanto a la instancia a que se dirige, siempre que no se pueda imputar el error a su propia responsabilidad, en función de que la Sala, haciendo uso de las facultades que la Ley le concede, decida sobre su competencia antes, en el momento o después de dictar su fallo.*

Tanto una confirmación pura y simple de la sentencia apelada como una anulación de actuaciones, ordenando a la Sala de instancia que decida por auto y remita las actuaciones a la Audiencia Nacional, supondrían inevitables e injustificables dilaciones del procedimiento, en perjuicio del justiciable.

Por lo expuesto resulta procedente, sin perjuicio de confirmar en sus propios términos la sentencia apelada, remitir directamente las actuaciones a la Audiencia Nacional para que prosiga y remate el curso de los autos; sin que sean de apreciar circunstancias que justifiquen condena en costas.» (*Sentencia de 3 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.659.*)

B) Inadmisibilidad.

1. *Los criterios para valorar la misma deben aplicarse con flexibilidad y apertura a fin de evitar denegaciones de justicia contrarias al artículo 24 de la Constitución*

«La declaración de inadmisibilidad que la sentencia de la Sala de la Jurisdicción de Cáceres contiene en base de lo dispuesto en el artículo 82 a), en relación al 8.3 y 10.1 c) de la Ley de Contencioso-Administrativo, es formalmente correcta, ya que, de un lado, la pretensión se ejercita frente a una resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 25 de octubre de 1978, desestimativa de la alzada interpuesta contra la decisión de la Dirección General de Arquitectura y Tecnología de la Edificación de 16 de diciembre de 1977 (resolutoria de la indebida reposición o, en su caso, del acuerdo de 7 de octubre anterior) por la que se dejó sin efecto la adjudicación, por compra de la vivienda número 2 de la plaza del Generalísimo de Zarza Capilla (Badajoz) y por ello es notorio que no cabe incluir tal cuestión entre las que son competencia de las Salas de las Audiencias Territoriales (art. 10, 1.c)) y sí entre las que atribuye a la Sala de la Audiencia Nacional el artículo 6 del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero (en relación con el artículo 14 y concordantes de la Ley Jurisdiccional); y de otro la apreciación de oficio o a instancia de parte de la propia competencia por la Sala juzgadora tiene el límite temporal y procesal del trámite de alegaciones (citación para sentencia) por aplicación de lo preceptuado en los artículos 8.3 en relación con el 82 a) de la Ley Jurisdiccional; planteamiento enteramente acorde con la tesis y conclusión establecidas por la sentencia apelada.

Ello no obstante, es doctrina reiterada—sentencias de 15 de noviembre de 1976, 9 de junio y 29 de septiembre de 1977, 11 de noviembre y 7 de diciembre de 1979; 17 de marzo de 1980, etc.—la que sostiene que la pretensión de apelación trasladada al Tribunal ad quem el total conocimiento del litigio en términos tales que le permiten valorar, sin limitación alguna, los elementos probatorios, a la vez que ha de enjuiciar la temática debatida —en los particulares no consentidos— de conformidad con su propio criterio—sentencias de 20 de mayo de 1974, 20 de junio de 1977, 10 de noviembre de 1979, etc.—; en base de lo cual la Sala no puede dejar de apuntar la también reciente doctrina jurisprudencial—sentencias de 20 de diciembre y 29 de diciembre de 1981, entre otras—que insiste en la necesidad de mantener que en la materia de los requisitos o presupuestos procesales (inadmisibilidad) los criterios informantes del sistema—art. 24, 1, de la Constitución y exposición de motivos de la Ley—son los de flexibilidad y apertura con la finalidad de lograr una completa o plena garantía jurisdiccional por parte de todos los litigantes (ya sean personas físicas o jurídicas) y que sólo se logra si el Tribunal da una respuesta adecuada y congruente con la temática planteada, sin escudarse en razones formales que en la mayoría de los casos—y por la especialidad del proceso contencioso—suponen auténticas denegaciones de justicia.

Por todo ello, al ser la Sala ad quem único órgano judicial competente en este grado o segunda instancia (arts. 14, 94 y núm. 7 del artículo 100 y concordantes de la Ley, y art. 6.º del Real Decretoley 1/1977 y concordantes), es claro que no existen limitaciones formales o de derecho material que impiden un examen a fondo de la problemática litigiosa al ser necesario evitar los efectos rígidos y perjudiciales que al actor ha producido una decisión formalmente correcta dictada por la Audiencia, basada en unos preceptos de dudosa vigencia por aplicación de los principios que hoy informan el sistema (artículo 24 y disposición derogativa 3.ª de la Constitución).» (Sentencia de 9 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 931.)

2. Principio pro actione. Su aplicación debe reforzarse de acuerdo con el mandato del artículo 24 de la Constitución.

•Razones de coherencia lógica hacen necesario tratar en primer término el tema de las inadmisibilidades que el apelante-adherido reitera en su escrito de alegaciones, a pesar de que la sentencia apelada ofrece un estudio completo y certero de tal problemática y que aquí se acepta en su integridad, en cuanto declaramos la falta de virtualidad fáctica y jurídica de las causas alegadas, manteniendo, en consecuencia, la declaración combatida de "no haber lugar", por estar de acuerdo con el criterio flexibile o pro actione que proclama la exposición de motivos de la propia Ley Jurisdiccional y que hoy

refuerza el derecho fundamental a la plena garantía jurisdiccional (art. 24, 1, de la Constitución), que sólo es posible o se da si el órgano judicial examina y da solución a toda la problemática litigiosa que planteé la pretensión.» (Sentencia de 15 de marzo de 1982, Sala 4.ª, Ar. 2.121.)

C) Ejecución de sentencias

1. *Son recurribles los actos de la Administración dictados en ejecución de sentencia cuando desborden el contenido del fallo.*

«También se ha puesto tacha de inadmisibilidad a la pretensión jurisdiccional deducida frente a la denegación presunta del recurso de reposición intentado contra el acuerdo del Pleno de 18 de abril de 1978, por el que se otorgó una licencia de auto-turismo a don Pedro S. D. en cumplimiento de sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 1978, recaída en el recurso número 79/1977, y aunque si bien es cierto que una constante doctrina jurisprudencial que se cita en las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero y 8 de abril de 1975 (Sala 4.ª) ha mantenido la doctrina de que *las resoluciones dictadas por la Administración en ejecución de las sentencias pronunciadas en vía jurisdiccional no son recurribles ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, porque, en rigor, tales actos no son en su esencia resoluciones de la Administración o actos administrativos en sentido estricto sujetos al Derecho Administrativo, que puedan ser incluidos en la definición del artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional, por no ser autónomos, sino emanados de un mandato de la Jurisdicción en su actuación procesal, que tiene su base en los artículos 103 y 104 de la Ley reguladora de las normas encaminadas al cumplimiento y ejecución de las sentencias firmes, en cuyos preceptos se determina también la actuación del Organó administrativo, con el carácter de necesaria, esto es, sin que la Administración pueda interferir con su poder de decisión el mandato judicial, que no puede ser sustraído a la órbita procesal en que se produce dentro de la litis, sin embargo, esta doctrina no puede extenderse a aquellos acuerdos administrativos que, dictados para ejecutar una sentencia jurisdiccional desbordan el contenido del fallo, pues en la materia en que se exceden quedan desvinculados de lo juzgado y pueden y deben ser examinados como actos administrativos autónomos de su conformidad a Derecho.» (Sentencia de 4 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 835.)*

2. *Inejecución del fallo. Naturaleza y requisitos del resarcimiento sustitutorio.*

«En este sentido, el único argumento válido para denegar la pretensión podría ser el segundo referente a la inconcreción de la pre-

tensión o causa determinante de ella, y siendo cierto que, en general, cuando del ejercicio de aquélla se trata, el Ordenamiento jurídico exige no sólo la especificación de tal causa, sino, conjuntamente, la realidad del perjuicio y el nexo entre la misma y el efecto o resultado, y siéndolo también que en la esfera del Derecho administrativo la responsabilidad de la Administración ha de dimanar de un anormal funcionamiento de los servicios públicos, no es menos verdad que, en casos como el de autos, ha de tenerse en cuenta una normativa dispar, dimanante del distinto origen de la obligación de responder, que se constituye por los expresados artículos de la Ley, aplicables al supuesto de que, quien obtenga una sentencia totalmente favorable a sus legítimos derechos y a pesar de que la materialización de éstos haya sido ordenada jurisdiccionalmente, no vea lograda su íntegra satisfacción por causas que, lejos de serles personalmente imputables, dimanen de modo exclusivo de la necesidad de posponer aquéllos en aras de un interés general y público prevalente —aquí, el urbanístico, regulado en forma dispar de como lo estaba con anterioridad—, para cuya contingencia, tanto cuando una licencia concedida haya de ser revocada, conforme al artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, como cuando la misma no pueda agotar esa plenitud de efectos, según de modo genérico se prevé por aquéllos otros de citada Ley —que fue destacado por la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1978—, es incuestionable que la procedencia y tratamiento de la reparación se rigen por las respectivas normas, sin necesidad, incluso, de que el pretensor pruebe de modo absoluto la realidad de una lesión que el propio ordenamiento presupone, siempre, naturalmente, que no haya sido el administrado quien con su conducta cooperó, al menos, a la producción del resultado lesivo, a tal extremo que como, a propósito del primer evento, reitera la jurisprudencia —fallos de 9 de abril de 1969, 26 de febrero de 1970, 22 de junio de 1976, 24 de noviembre de 1977 y 17 de abril de 1978—, la revocación de la licencia no es válida si al propio tiempo no se acuerda el resarcimiento de daños y perjuicios, y porque tanto ella como la doctrina de los autores, cuando se refieren a casos como el enjuiciado, reconocen que el resarcimiento de daños y perjuicios resultantes del aplazamiento o inexecución total o parcial del fallo será la lógica forma de conversión, cuando no fuese posible atender de otro modo a la eficacia de lo resuelto en la sentencia, o dicho en otros términos, que aquel acuerdo condiciona siempre el derecho a la indemnización, infiriéndose así de los autos de este Tribunal de 16 de octubre de 1976, 20 de abril de 1977 y 5 de diciembre de 1980, como también en el supuesto, igualmente especial, de suspensión de licencias, previsto en el antiguo artículo 22, actual 27 de la Ley sobre Régimen del Suelo, el propio precepto rige normativa específica en orden a la justificación de la causa determinante del daño, como recuerda, entre otras, la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1977 —que acabamos de citar—, que, confirmando una consideración de la entonces recurrida, explica que

ello constituye una aplicación particular del principio general sobre indemnización que impone a la Administración Pública la obligación de reparar las lesiones causadas en los derechos particulares «cuando éstos cedan ante el ejercicio de potestades administrativas, pero con la especialidad en este caso de la Ley urbanística, de que es la propia norma la que presupone la existencia de la lesión por el simple hecho de la elaboración del proyecto y su presentación ante la Corporación, con anterioridad al acuerdo de suspensión de licencias, fijándose al propio tiempo la mensurabilidad del daño, equivalente al costo de dicho proyecto.» (Auto de 26 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.687.)

D) *Costas. Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. La imposición de costas procede cuando son rechazadas todas las pretensiones, pero no cuando se declara la inadmisibilidad del recurso.*

«De conformidad con el artículo 10.3 de la citada Ley, es preceptiva la condena en costas solamente en el supuesto de que las pretensiones de parte hayan sido totalmente rechazadas, no procediendo por ello aquí su imposición en cuanto la sentencia no se pronuncia sobre la procedencia de las pretensiones, sino solamente la inadmisibilidad del recurso, y no concurre temeridad o mala fe para poder condenar según la regla común de aplicación.» (Sentencia de 3 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 699.)

XVI RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) *La negativa de los trabajadores portuarios a descargar un buque origina la responsabilidad de la Administración por inactividad en relación a los perjuicios irrogados al consignatario.*

«Tales alegaciones de la apelante no pueden ser estimadas porque de una correcta exégesis de los artículos 30 y 31 de la Ordenanza Laboral de Personal Obrero de los Organismos Portuarios dependientes del Ministerio de Obras Públicas de 28 de julio de 1972 los supuestos exigidos por el artículo 30, párrafo 2.º, para que se produzca la excepción a trabajar, en horas extraordinarias, por la libre aceptación o denegación de los trabajadores, es decir, que con carácter obligatorio hayan de trabajar por la existencia o apreciación por la autoridad del Puerto y la Delegación de Trabajo, motivos excepcionales de interés general que hagan obligatorio realizar la prestación, sin perjuicio del correspondiente abono de las horas extraordinarias y de efectuar en otro día el descanso semanal, no son un número cerrado, sino que, por tratarse de un concepto eminentemente relativo

el de la existencia de fuerza mayor que imposibilita al legislador encerrar dentro de una fórmula jurídica todas las manifestaciones reales o supuestos en que la Ley presume su existencia, el legislador se ha visto obligado a mencionar unos supuestos de su presunción, a título meramente indicativo, tales como los que originan grandes quebrantos a la economía nacional, la pérdida de días de navegación, la pérdida de estadías en los puertos y, en general, dice el precepto, "todos aquellos casos que perturben el normal desarrollo del tráfico marítimo; en tales supuestos se considerará obligatoria la prestación. El tiempo necesario para terminar definitivamente las faenas del buque o bodega, las correlativas operaciones en tierra o la manipulación de mercancías que puedan averiarse, se entenderán comprendidas en la excepción", en el caso de autos, las operaciones de descarga el día 1 de noviembre de 1977 autorizadas por la Delegación de Trabajo, previo informe favorable del Director del Puerto de Tarragona (doc. núm. 3), fundado "en las precisiones de atraque en los próximos días" es de estimar motivo de excepción de fuerza mayor para que se procediese por el personal dependiente de la Junta de Obras del Puerto a una rápida y pronta descarga del buque en la expresada fecha, por lo que la Administración es directamente responsable de los daños y perjuicios sufridos por la Empresa demandante, por la pasividad o inactividad en que incurrió al no obligar y ordenar con carácter obligatorio a los gruistas del Puerto, ante su injustificada negativa, a prestar los servicios necesarios, por lo que procede estimar las pretensiones de indemnización de la Sociedad recurrente, en los propios términos que se precisan en el fallo de la sentencia apelada, pues toda actuación irregular en el funcionamiento de un servicio público, que produzca daños, trae como consecuencia la responsabilidad directa de la Administración, con independencia de que sus funcionarios actuasen con culpa o sin culpa, con celo o con negligencia, tanto si el funcionamiento del servicio es anormal sino también en los casos de funcionamiento "normal", hay nexo causal cuando entre el hecho y su resultado media una causalidad próxima o una causalidad razonablemente previsible, pues no se trata de daños producidos por terceros; los gruistas operadores de máquinas, de Obras del Puerto, no son independientes o terceros con relación al servicio público, sino que tienen su origen en éste, siendo inoperante tener en cuenta quién fuera el autor material de los daños o perjuicios, lo cierto es que aquí los daños tuvieron su origen en la *pasividad administrativa*, como titular del servicio público del que directamente dependían los maquinistas de las grúas, y se produjeron como consecuencia inmediata y exclusiva de la pasividad, por lo que procede confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.» (*Sentencia de 2 de febrero de 1982, Sala 3.ª, Ar. 536.*)

B) *Acción. Plazo de un año es plazo de prescripción*

«La alegada caducidad para formular la reclamación se razona diciendo que el plazo de un año a partir de la fecha en que los hechos se produjeron, no es susceptible de interrupción de ninguna clase, ni siquiera por el ejercicio de otras acciones; pero esta alegación no puede tampoco merecer favorable acogida, porque como tiene declarado este Tribunal en su sentencia de 5 de febrero de 1980, la contradicción terminológica que se observa entre el último párrafo del apartado 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que emplea la palabra "caducará" y el primer párrafo del apartado 2.º del artículo 122 de la Ley de Expropiación Forzosa que utiliza la de "prescribe", ha sido resuelta por la jurisprudencia de este Tribunal, entre otras, en sus sentencias de 11 de noviembre de 1965, 4 de noviembre de 1969, 11 de diciembre de 1974 y 2 de abril de 1979, en el sentido de entender que el plazo de un año que dichos preceptos establecen es un plazo de prescripción que se interrumpe por las diligencias y actuaciones de orden penal que se instruyan con motivo del mismo hecho que fundamenta la reclamación administrativa; y como en este proceso está plenamente acreditado que los hechos ocurrieron en la tarde-noche del día 15 de octubre de 1973, que sobre dichos hechos se siguió por la Comandancia de Marina de Villagarcía de Arosa el procedimiento previo número 546 de 1973, en averiguación de las responsabilidades que de los mismos pudieran derivarse y que dicho procedimiento concluyó en 31 de mayo de 1974 con la declaración de sin responsabilidad criminal para el práctico del puerto, lo que le fue notificado al denunciante en 12 de junio de 1974, no puede en modo alguno reputarse extemporánea la solicitud de indemnización formulada a la Administración en 31 de mayo de 1975.» (Sentencia de 26 de febrero de 1982, Sala 4.ª, Ar. 1.686.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS