

## II. NOTAS

### CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) EN GENERAL

**SUMARIO:** I. FUENTES: A) *Reglamento*: 1. Procedimiento de elaboración. 2. Reserva reglamentaria. B) *Principio de legalidad. Interpretación flexible.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Desviación de poder.* B) *Actos de trámite.* C) *Ejecutividad*: 1. Incidencia de la Constitución. 2. No procede la ejecución hasta que el acto no sea firme en vía judicial.—III. CONTRATOS: *Asentimiento tácito de la Administración.*—IV. DOMINIO PÚBLICO: A) *Defensa.* B) *Uso anormal y declaración de lesividad.*—V. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Justiprecio de caminos que cruzan las parcelas expropiadas.*—VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Competencia del Pleno para el giro de letras de cambio.* B) *Comisión de Gobierno: libre designación de sus miembros.* C) *Impugnación de acuerdos por los miembros de la Corporación.*—VII. POLICÍA: *Licencias de apertura y silencio positivo.*—VIII. SANCIONES: A) *Presupuesto de hecho a determinar por la jurisdicción penal.* B) *Ejecutividad.* C) *Impugnación. Situación del denunciante de la infracción.*—IX. SERVICIO PÚBLICO: A) *Concesión. Equilibrio financiero.* B) *Servicio público impropio (Escuela de conductores).*—X. ECONOMÍA: *Libertad de empresa.*—XI. HACIENDA PÚBLICA: *Los intereses a exigir a la Administración son los del tipo básico del Banco de España.*—XII. TRANSPORTES: *Competencias concurrentes.*—XIII. TAXI: *Concepto de «explotación personal» de la licencia.*—XIV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Principio de igualdad y precedente administrativo.* B) *Libertad de expresión. Clausura de emisora de TV.* C) *Extranjeros.*—XV. URBANISMO: A) *Planeamiento. Elección del modelo territorial.* B) *Suelo no urbanizable. Interés social de la actividad realizada por un bar, a efectos del artículo 85 de la Ley del Suelo.* C) *Reparcelación. El artículo 100.2 de la Ley del Suelo ha sido derogado por la Constitución.* D) *Disciplina. El incumplimiento del deber de conservación es una infracción continuada.*—XVI. RECURSO ADMINISTRATIVO: A) *Recurso de reposición. Subsanción de la falta de su interposición.* B) *«Solve et repete».* C) *Plazos. Son días inhábiles las fiestas locales.*—XVII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Prueba. Presunción de legalidad y carga de la prueba.* B) *Sentencia. Ejecución. Poderes del órgano jurisdiccional.* C) *Procedimiento especial de la Ley 62/1978: 1. Plazo para la interposición de la demanda. 2. Relación con el procedimiento ordinario.*—XVIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: A) *Cómputo del plazo desde la resolución del recurso.* B) *Del Poder Judicial. Falta de desarrollo del artículo 121 de la Constitución.*

#### I. FUENTES

##### A) Reglamento.

1. *Elaboración. El informe de la Secretaria General Técnica debe entenderse referido al Ministerio del que procede la iniciativa de elaboración y aprobación.*

*«El requisito del informe de la Secretaria General Técnica previsto en el artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo debe entenderse*

referido al Ministerio del que procede la iniciativa de elaboración y aprobación de la disposición de carácter general, aunque en dicha elaboración concurren otros Ministerios, y, por tanto, correspondiendo en el caso de autos aquella iniciativa al Ministerio de Sanidad y Consumo, el informe emitido por su Secretaría General Técnica debe estimarse suficiente cumplimiento de dicho requisito, sin que sean exigibles los informes de las Secretarías de los otros Ministerios que han intervenido en la elaboración del Decreto, dentro de la Comisión Interministerial para la Ordenación Alimentaria, que, a su vez, ha emitido informe favorable a su aprobación por el Gobierno.» (Sentencia de 30 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 876.)

## 2. ¿Se mantiene la defensa de la reserva reglamentaria?

«Para situar en sus justos términos este debate, debe empezarse por destacar que el llamado Poder Ejecutivo, aun en los regímenes políticos de máxima libertad, como lo son por lo general los parlamentarios, y lo es el nuestro, cuenta, entre otras prerrogativas, con la de disponer de un poder reglamentario propio, que ha dado origen en la Constitución francesa de 1958 a la contrapartida del concepto de "reserva de Ley", esto es, a la "reserva de reglamento"; la exigencia de este poder reglamentario es debida a que mientras los Parlamentos se mueven con solemnidades, lentitudes e intermitencias, con poca aptitud de las asambleas legislativas para llegar en su conjunto al conocimiento de los detalles y de las reglas técnicas que han de regular sutilmente las múltiples cuestiones que a diario tiene que afrontar la Administración; por el contrario, ésta cuenta a su favor con una agilización de medios, con una experiencia, con una habitualidad, con una rapidez y con una continuidad que es lo que explica la desproporción existente en todos los países entre el volumen de la obra legislativa y el de la obra reglamentaria; razones por las que autores del máximo prestigio se han atrevido a decir que, aunque la Constitución escrita nada precisase, habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de "una costumbre constitucional inequívoca.» (Sentencia de 12 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1436.)

### B) Principio de legalidad.

*Interpretación flexible en materia sancionadora para no dejar desprovistas de sanción actuaciones contrarias a intereses generales.*

«A propósito de este tipo de cuestiones, el dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1982 sienta la doctrina de que *el principio de legalidad no opera con tal rigidez que imponga que una ley formal agote absolutamente la descripción de infracciones y sanciones, sin dejar espacio alguno a un desarrollo reglamentario posterior, pues más bien ha de entenderse que también en este campo dispone el Gobierno de la potestad reglamentaria que directamente le atribuye la Constitución (art. 97).*

Aparte de lo dicho, no se debe volver la espalda a la realidad de los intereses y de los valores que se hallan en juego en supuestos como el que nos ocupa, ateniéndose tan sólo a una jurisprudencia de conceptos, alejada de la vida y de las conveniencias sociales. Decimos esto porque *este bloque de legalidad, apresuradamente formado, tuvo que desarrollarse como lo hizo para atender a los apremios de una decisión política (la legalización del juego hasta entonces prohibido y penado), y, a la vez, a la necesidad de establecer cauces en la práctica de los juegos que venían a ser autorizados, sólo concebibles a través de formalidades y de controles rigurosos, ya que el juego en sí, sin frenos ni trabas, pone en peligro intereses y valores morales, indivi-*

*duales, familiares y sociales, necesitados de una especial protección, como la propia Exposición de Motivos del tan citado Real Decreto-ley se encarga de destacar.*

Para conjugar y atender debidamente las motivaciones contrapuestas que se derivan de principios y realidades, nada mejor que prestar atención a una regla hermenéutica de general observancia, aquella que sale al paso de toda interpretación que conduzca al absurdo, ya recogida en la más antigua jurisprudencia (ejemplo, sentencia Sala 1.ª de 20 enero de 1908) y mantenida por todos los Tribunales de Justicia; pues bien, *en este caso, la solución a que llega la Sala de la Territorial, de desposeer de base legal a los acuerdos recurridos, y anular los mismos, conduce al absurdo de dejar en el más completo caos a toda la práctica de una actividad —el juego— hasta hace poco prohibido, y no sin razones; puesto que caos sería dejar inerte a la sociedad y a la Administración, frente a abusos, irregularidades y fraudes, desde el momento en que el conjunto de normas reglamentarias se convierten en normas imperfectas, al quedar desprovistas del resorte que verdaderamente les proporciona su condición de normas jurídicas: el de la coacción que fuerza a su cumplimiento y observancia.*

Por lo expuesto, entre mostrarse rigurosos ante este exceso en los poderes delegados en el Ejecutivo, dejando descontrolada toda una actividad que tanto puede poner en peligro valores dignos de máxima protección, como ha hecho el Tribunal *a quo*, o, por el contrario, flexibilizar el imperio de la legalidad, no abandonándola, desde luego, sino supliendo lo que en ella hay de garantía *ex ante*, por la que *ex post* le ofrece el control jurisdiccional, a que obliga el artículo 106-1.º de nuestra Ley Fundamental; entre una y otra postura, repetimos, la solución creemos que no es dudosa; y no lo es porque *la legalidad no va a quedar en entredicho, manteniendo la que existe, puesto que la parte más vulnerable de la misma, expresada por el Real Decreto y la Orden ministerial antes citados, al ser de inferior rango, eso precisamente permite un control judicial pleno, al no gozar de las ventajas de los llamados "decretos legislativos".*» (Sentencia de 12 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1436.)

## II. ACTO ADMINISTRATIVO

### A) *Desviación de poder.*

*Se aprecia desviación de poder en la sustitución de un técnico municipal por otro que tiene parentesco con el contratista cuyas obras deben ser objeto de recepción.*

«Aquí se plantea el segundo tema polémico del pleito, para comprobar si el proceder de la Administración fue éticamente correcto y adecuado, porque prescindir del actor por necesidades del servicio debe entenderse en uno de estos dos sentidos: o que ya sus servicios no se precisan, en cuyo caso no es lógico sustituirle a seguido por otro o que las necesidades del servicio son superiores y se precisa un funcionario que de modo permanente se dedique a tal labor, a cuyo efecto se debe crear la correspondiente plaza en plantilla. En cualesquiera de estos supuestos debió de motivarse el acuerdo y no simplemente limitarse a alegar la cita del precepto, pero mucho más debió de hacerse cuando la decisión posterior incidía sobre la necesaria moralidad del actuar administrativo, que está por encima del concepto formal de aparente legalidad del acto y de la presunción *iuris tantum* de tal que adorna aquél. Pues resulta anómalo sustituir a un técnico que se presume que debe de estar dirigiendo las obras que se realizan en el Municipio; por otro, que tiene un parentesco en primer grado de consanguinidad con quien ejecuta aquéllas, precisamente poco tiempo antes de su recepción definitiva, la que tiene que

hacer o realizar un tercero, pero en condiciones tan precarias y superficiales que sólo puede referirse al aspecto aparente de las mismas, pese a lo cual, y con evidente dejación de sus obligaciones en defensa de los intereses generales, la Corporación las recibió. Todo lo cual evidencia cómo se ha incurrido en la infracción a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción; es decir, desviación de poder al utilizar la evidente potestad municipal de denunciar el contrato para nombrar un perito cuya incompatibilidad con el contratista era manifiesta, y de ese modo, a través de un tercero, lograr la recepción definitiva de las obras cuyo estado auténtico, en cuanto a real ejecución de unidades de obra y otros extremos, se ignora. Para llegar a esta conclusión, la Sala no ignora el hecho del rigor probatorio que exige el Tribunal Supremo en aras de la Seguridad Jurídica para dar por demostrado el uso irregular de las potestades administrativas, el Tribunal se ha servido de los medios de prueba aportados, despreciando simples manifestaciones no probadas, valorándolos conforme a las reglas de la sana crítica y ponderando todas las circunstancias, para llegar, como ha llegado, al convencimiento racional y moral de la existencia del citado vicio.» (*Sentencia de 11 de febrero de 1986, Sala 5.ª, Ar. 375.*)

#### B) Trámite.

*Los actos de la Administración, si deciden una cuestión sustantiva relativa a los derechos y obligaciones del administrado, aunque no pongan fin al expediente, son susceptibles de ser impugnados.*

«En esta Apelación se ha reiterado por el Ayuntamiento de San Sebastián la petición de inadmisibilidad del recurso formulado por don Jesús L. A., contra los Acuerdos de ese Ayuntamiento de 7-1-82 y 30-6-82, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, al amparo del artículo 82.c) de la Ley Jurisdiccional, por entender que se trata de actos de la Administración de mero trámite, a cuyo efecto procede afirmar que *cualquier decisión, mandato o prohibición que implique una mutación en la esfera jurídica del particular, aunque sea con efectos provisorios, o por un tiempo determinado, son susceptibles de ser impugnados en vía jurisdiccional, pues afectan a los derechos del administrado que no puede verse sujeto a unas obligaciones o impedimentos sin tener derecho al acceso a la decisión jurisdiccional que le reponga, si procede, en el ejercicio legítimo de sus derechos previa revisión del acto administrativo por el Tribunal competente; debiendo interpretarse el artículo 37 de la Ley Jurisdiccional en el sentido de que los actos de la Administración, aunque no pongan fin formalmente a un expediente administrativo, si deciden una cuestión sustantiva relativa a los derechos u obligaciones del administrado, sea cual fuere su resolución última, que hayan causado o pueden haber causado una lesión en los bienes o derechos del particular, son susceptibles de ser impugnados ante esta Jurisdicción, y, por ello, el mandato del Ayuntamiento de San Sebastián de que por el recurrente, en el término de cinco días, concretara a esa Corporación el horario de trabajo que personalmente realizaba con un «taxi» de su propiedad era recurrible por la exigencia de una obligación que el demandante estimó improcedente, en relación por la aplicación del artículo 17 del Reglamento Municipal de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes con vehículos ligeros, al restringir y desvirtuar el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes Ligeros.» (*Sentencia de 24 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 872.*)*

### C) Ejecutividad.

#### 1. Replanteamiento del privilegio de ejecutividad tras la Constitución. Diferente respuesta según el contenido de la actividad administrativa.

«Algunas potestades administrativas tienen su fundamento inmediato en la Constitución y son por ella reconocidas e incluso, en algún aspecto, configuradas, como se ha visto en el supuesto de la potestad sancionadora y ocurre también con la reglamentaria, en el artículo 105. Otras, en cambio, son obra directa de la Ley y sólo por ella pueden ser habilitadas las Administraciones públicas para el ejercicio de tales prerrogativas. En el caso de la potestad "ejecutoria" que permite la autoejecución de sus resoluciones por la propia Administración que las dictó, el Tribunal Constitucional ha declarado que "se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución", como desarrollo del principio de eficacia, "como sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", que proclama el artículo 103, párrafo 1.º —sentencia de 17 de febrero de 1984—. Ahora bien, la potestad ejecutoria tiene su fundamento en el artículo 33 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, así como en los artículos 44 y 101 de la que regula el procedimiento administrativo. No se está ahora dentro del ámbito de las excepciones a la inmediata ejecutividad que contienen estas mismas normas, así que en el momento actual el problema se constriñe a saber si tal efectividad de los actos administrativos ha de predicarse de cualquiera de ellos a lo largo del itinerario procedimental (como parece inducirse de la expresión literal) o sólo de aquellos que ponen fin a la vía administrativa por haber adquirido firmeza.

La respuesta tradicional a la pregunta que se plantea ha sido, hasta ahora, la primera. Una vez promulgada la Constitución, la tendencia predominante se inclina por la alternativa, aun cuando las razones que en la sentencia impugnada se aducen, para llegar a esa correcta conclusión, servirían también para erradicar totalmente la potestad ejecutoria de la Administración y no sólo en el ámbito sancionador, sino en cualquier otro de la actividad administrativa, puesto que tal opción se viene basando en el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Con la hipertrofia de éste se olvida la *presunción de legitimidad*, que alcanza a todas las actuaciones de los poderes públicos, no sólo a las del Ejecutivo, y con mayor razón si, a su vez, el poder ostenta una plena legitimación democrática. Esta presunción de legitimidad inherente a la entera actividad pública (legislativa, ejecutiva o judicial) está presente y operante, aunque implícita en la Constitución y, a veces, explícita en el resto del ordenamiento jurídico. El simple enunciado de que "la Administración Pública sirve con *objetividad* los intereses generales" refleja esta legitimidad presumible desde el mismo texto constitucional (art. 103.1, tantas veces citado) y tal presunción justifica razonablemente —junto a la exigencia de la "eficacia"— la potestad de la Administración para ejecutar por sí e inmediatamente sus propios actos, encañamiento lógico que es característico de nuestro sistema administrativo y sin el cual perdería su propia sustantividad.

Sin embargo, esta potestad ejecutoria en el ámbito sancionador, de naturaleza materialmente penal, tiene su límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia configurada también constitucionalmente (art. 24.2, *in fine*) que impide así, a nuestro parecer, la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta en procedimiento disciplinario por un órgano administrativo (aquí y ahora, la Dirección General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia) sin haberse agotado todas las instancias dentro de la propia Administración y, por tanto, mientras no se hubiera resuelto el recurso correspondiente. El acto que se pretendía ejecutar no era, pues, firme y, en consecuencia, no se podía estimar plenamente consolidada la decisión

definitiva de la Administración respecto de la culpabilidad o inocencia del funcionario afectado, quebrando así esa inicial presunción y convirtiéndola en convicción o certeza. Este planteamiento, por otra parte, guarda un paralelismo sustancial con el funcionamiento de la potestad judicial de hacer ejecutar lo juzgado, que sólo se pone en marcha, según nuestras leyes procesales, cuando las sentencias son firmes y, por lo tanto, ejecutorias, según ha dicho esta Sala en más de una ocasión.

El origen de la vulneración de este derecho fundamental a la presunción de inocencia no se encuentra en una decisión administrativa contraria a la Ley, sino en una actuación ajustada en principio a la fórmula literal de la norma, tal y como fue entendida hasta fecha muy reciente, es decir, que tiene su origen en la propia Ley y no en la voluntad arbitraria de la Administración. Ahora bien, por tratarse de las Leyes de régimen jurídico de la Administración del Estado (Texto Refundido de 26 de julio de 1957) y de procedimiento (17 de julio de 1958), ambas anteriores a la Constitución, es obvio que cualquier órgano judicial está facultado, como lo estamos nosotros, no ya para considerarlo derogado, sino para entenderlo en la forma que mejor se ajuste al sistema constitucional.» (*Sentencia de 27 de marzo de 1986, Sala 3.ª, Ar. 1527.*)

2. *No puede procederse a la ejecución hasta tanto el acto sea firme en vía judicial.*

«Este argumento, único del presente recurso de apelación, no puede aceptarse, ya que, si se comparan las dos resoluciones del Ministerio de Hacienda —la de 9 de abril y 9 de mayo de 1985—, ambas contienen un mismo pronunciamiento, a saber: la caducidad del nombramiento como Agente de Cambio y Bolsa del señor B., y que se proceda a liquidar su Agencia, y *estando impugnada la primera de ellas ante esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es evidente que no ha quedado firme o consentida*, y, por lo tanto, *su ejecución lo sería de un acto administrativo aún sujeto a revisión jurisdiccional*; por otra parte, si se estima que la resolución de 9 de mayo de 1985 no guarda ninguna relación con la anterior, nos hallaríamos ante una sanción impuesta sin un procedimiento sancionador, sanción que afecta a un derecho fundamental de la persona, como es el de tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, reconocido a todos los ciudadanos por el artículo 24 de la Constitución.

En todo caso, ninguna de ambas resoluciones ha quedado firme, ya que la de 9 de abril de 1985 fue impugnada en vía contencioso-administrativa mediante escrito presentado ante la Audiencia Nacional, con fecha 24 de mayo de 1985, mientras que la de 9 de mayo de 1985 fue impugnada mediante escrito presentado ante la propia Audiencia el día 10 de julio de 1985, por lo que, tanto si una es ejecución de otra como si se trata de resoluciones independientes, ninguna de ellas es firme y, por lo tanto, su ejecución iría más allá incluso de la eficacia concedida a las sentencias judiciales que han de adquirir firmeza antes de su ejecución, por lo que con mayor motivo debe de exigirse el mismo requisito a los actos de la Administración, cuando su eficacia está sometida a fiscalización de los Tribunales, ya que, en otro caso, se llegaría al contrasentido de negar ejecuciones basadas en una sentencia judicial aún no firme, mientras que se procedería a ejecutar un acto administrativo en cuya fiscalización recayó una sentencia que aún no puede ejecutarse.» (*Sentencia de 26 de marzo de 1986, Sala 3.ª, Ar. 1160.*)

### III. CONTRATOS

*La actividad de asentimiento desplegada por la Administración ante la conducta del particular supone una aceptación de la forma en que el contrato se venía desarrollando.*

*«Sentadas las anteriores premisas, es obvio que no se ha producido el incumplimiento que la Administración afirma, ya que la adquisición de trigo de procedencias distintas a las contractualmente fijadas se hizo con conocimiento, al menos tácito, de la Administración, sin que por ellas se realizaran ningún tipo de actividades, formalmente, encaminadas a impedir que tal actividad cesara.*

*A la vista del razonamiento anterior es inaceptable la tesis del incumplimiento contractual, ya que la actividad, por lo menos de asentimiento, desplegada por la Administración ante la conducta del particular, contra la que sólo reacciona cuando tiene que hacer frente a sus obligaciones, supone una aceptación de la forma en que el contrato se venía desarrollando, por lo que la resolución que declara el incumplimiento conculca la buena fe que en todo caso debe presidir las relaciones entre Administración y administrados.» (Sentencia de 11 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar: 649.)*

### IV. DOMINIO PÚBLICO

#### A) Defensa.

*Sin perjuicio de las atribuciones que ostentan las Comisarias de Aguas para la defensa de las aguas y cauces de dominio público estatal, las Corporaciones Locales pueden defender los derechos que, en relación con el mismo objeto, estén disfrutando.*

*«No resulta, tampoco, incompetente el Ayuntamiento, para el rescate o recuperación de un cauce público (en contra de lo que afirma, en tal línea discursiva, el punto 4 de los fundamentos de derecho y el suplico de la demanda), porque, con abstracción de la pureza calificativa del terreno cuestionado, cuyo carácter demanial, de uso y servicio público, cabe adelantar ya (sin más precisión), es evidente que, sin perjuicio de las atribuciones que ostentan las Comisarias de Aguas para la policía de las mismas y de los cauces, en cuanto unas y otros (sic), sean de dominio público estatal, pueden coincidir y superponerse la competencia de las Corporaciones para la defensa de los derechos, que en relación con el mismo o paralelo objeto, por sí mismo o por su destino o afección a un servicio público, estén, en definitiva, disfrutando.» (Sentencia de 16 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 658.)*

#### B) Uso anormal.

*El gravamen de un bien de dominio público, aparte de tener un inquestionable valor económico, afecta de manera perjudicial al interés público que va ligado al uso normal a que está destinado dicho bien, lo cual podría ser alegado a efectos de declarar la lesividad del acuerdo constitutivo del gravamen.*

*«La citada autorización entraña, como muy bien califica la sentencia apelada, el establecimiento de una servidumbre o gravamen sobre un bien de*

*dominio y uso públicos que concede a su beneficiaria una utilización distinta de la normal de vía de paso que corresponde al mismo y que constituye, al no ser conforme con el destino viario del camino, el uso anormal definido en el artículo 59.4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sometido a normas especiales de competencia y procedimiento por los artículos 121.c) de la Ley de Régimen Local; 122.5 de su Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico, y 62 y siguientes, y entre ellos el 72 del citado Reglamento de Bienes y 2.3.C) de la Ley 40/81, de 28 de octubre; preceptos que constituyen un bloque normativo que impone a la licita y válida constitución del nombrado gravamen y uso anormal que lleva aparejado el acuerdo por mayoría absoluta del Ayuntamiento pleno con fijación de las cláusulas previstas en el artículo 63 del repetido Reglamento de Bienes, entre las que figura el señalamiento de plazo, todo lo cual aparece incumplido en el caso de autos con la consecuencia de la nulidad absoluta que previenen las letras a) y g) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo cual no puede evitarse con el argumento que la sentencia apelada, después de reconocer que dichos defectos podrían justificar una anulación de oficio por la Administración, hace en relación con la ausencia de prueba de lesión económica o de otro tipo, pues es manifiesto y evidente que el gravamen de un bien de dominio público, aparte de tener un incuestionable valor económico, cualquiera que sea su cuantificación, afecta de manera perjudicial al interés público que va ligado al uso normal a que esté destinado dicho bien; ni tampoco puede oponerse a dicha nulidad el legítimo derecho que la sociedad demandada tiene para disfrutar del agua de su propiedad, ya que la anulación del acuerdo recurrido no le impide exigir, si así procede en Derecho, la constitución de la correspondiente servidumbre forzosa en la forma y emplazamiento que resulten legalmente pertinentes.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 358.)*

## V. EXPROPIACIÓN FORZOSA

*Justiprecio. Es procedente la aplicación de un precio unitario en la valoración de los caminos expropiados, ya que éstos tienen su propia individualidad, y su valoración no está sólo en función del valor de las tierras a que sirve, sino de un uso común en favor de la vecindad.*

«Si bien es cierto que el Jurado de Expropiación en la misma resolución, aunque para distintos interesados, detalla los diferentes precios de las parcelas expropiadas distinguiendo las distintas calidades de tierras y acuerda, en consecuencia, un justiprecio particular para cada una de ellas y que, por el contrario, en la ocasión de valorar los caminos que atraviesan las parcelas expropiadas no procede de igual forma y, usando de un precio unitario, valora la extensión superficial de ellos, no por esto puede afirmarse que la técnica de valoración con la que procede es acertada y errónea, puesto que el camino tiene su propia individualidad y su valoración no está sólo en función del valor de las tierras a que sirve, sino de un uso común en favor de la vecindad, indiscriminadamente, y no de unos concretos propietarios, por lo que el valor de las tierras por las que pasa sólo de un modo indirecto forma parte del precio del camino; así es que es válido fijar un precio unitario para todo el camino, como hace el Jurado, sin necesidad de descender a una valoración detallada que sólo tenga en cuenta, parcela por parcela, el valor de éstas.» (Sentencia de 21 de febrero de 1986, Sala 5.ª, Ar. 405.)



## VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL

## A) Competencia del Pleno.

*No es ilegal el giro de letras de cambio por las Corporaciones Locales. Sin embargo, tratándose de una operación de crédito, sólo podrá acordarse por el Pleno de la Corporación con mayoría cualificada.*

«Queda, pues, reducido el tema a si es adecuado al ordenamiento jurídico el acuerdo de 30 de marzo de 1982, debiendo desdoblarse su examen en una doble vertiente: a) utilización de la letra de cambio como instrumento de pago por la Corporación, y b) competencia de la Comisión Municipal Permanente para autorizar la aceptación por el Alcalde.

El artículo 156 del Decreto 3250/76, de 30 de diciembre, establece las distintas formas que pueden utilizar las Entidades Locales para obtención de crédito, entre las que se encuentran en los apartados d) y e) los convenios para el pago de sus deudas financieras y las operaciones de tesorería, siendo estos dos sistemas —perfectamente diferenciados— especies del género operación de crédito, matiz que es importante tener presente a la hora de comprender la distinta regulación que comporta una y otra, pues si bien el artículo 168 exige una serie de requisitos para las operaciones de tesorería, que, tanto se instrumenten a través de letras de cambio como en cualquier otra forma de las admitidas en dicho artículo, han de cumplir los presupuestos en él expresados; sin embargo, el convenio para el pago de sus deudas financieras sólo precisa cumplir los presupuestos generales de toda operación de crédito, y no hay duda de que dentro de estos convenios cabe perfectamente el concertado con los acreedores para el pago de las deudas mediante el giro de letras de cambio, lo cual, por otra parte, está en línea marcada por el artículo 155 de facilitar a las Corporaciones Locales los recursos financieros precisos para atender sus necesidades, de lo que debe concluirse que en este extremo no se observa ilegalidad en el acuerdo recurrido.

*Sin embargo, en lo atinente al otro punto, la Ley 40/81, de 28 de octubre, establece en su artículo 3.º.1 que "será necesario el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta legal de miembros de la Corporación, para la validez de los acuerdos que se adopten sobre las siguientes materias: ... f) aprobación de las operaciones de crédito...", con lo que se evidencia la ilegalidad del acuerdo recurrido en cuanto atribuye a la Comisión Permanente esta competencia.» (Sentencia de 9 de diciembre de 1985, Sala 4.º, Ar. 646.)*

## B) Comisión de Gobierno.

*La libre designación de los miembros de la Comisión por el Alcalde no se opone a la Constitución ni a la doctrina del Tribunal Constitucional.*

«El Decreto de la Alcaldía de Oviedo de 27 de junio de 1985, impugnado en el presente recurso por los actores como presuntamente atentatorio a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 23 de la Constitución, se dictó con invocación concreta y previa del artículo 20.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el que se establece que "La Comisión de Gobierno existe en los Municipios con población de derecho superior a 5.000 habitantes", y, asimismo, el artículo 23.1 de la misma Ley, en el que se dispone que "la Comisión de Gobierno se integra por el Alcalde y un número de Concejales no superior al tercio del número legal de los mismos, nombrados y separados libremente por aquél, dando cuenta al

Pleno", para a seguido designar los nueve Concejales integrantes de la Comisión de Gobierno, entre los veintisiete componentes de la Corporación y con exclusión de los integrados en el grupo político Alianza Popular, en coalición electoral con Partido Demócrata Popular y Unión Liberal, y ello supone que tal órgano municipal se constituyó de acuerdo con la normativa reguladora del mismo vigente en el momento de su formación, con rango de Ley promulgada para desarrollo de la Constitución en lo tocante a la Administración local, según se aprecia en su exposición de motivos, en la que expresamente se citan los artículos 149.1, apartado 18, y 148.1 de la norma suprema, lo que implica, de una parte, la presunción racional de su acomodación a la Constitución y a la imposibilidad de estimar inconstitucional dicha Ley sin promover los mecanismos legales establecidos al efecto por el ordenamiento jurídico actual, y, de otra, que el entendimiento del referido artículo 23 no abriga, de momento, duda alguna acerca de su posible inconstitucionalidad, por comparación con lo dispuesto en el artículo 20.3 de la propia Ley para la composición de los órganos complementarios del Ayuntamiento y de la doctrina expuesta en la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de marzo de 1985, base argumental de los actores, pues en cuanto a lo primero, y como destaca la sentencia apelada, la diferente naturaleza y cometido de la Comisión de Gobierno respecto a los órganos complementarios aludidos, hace que no haya de ser necesariamente igual la composición de una y otros, de forma que sea preciso el mismo criterio para su formación, que la propia Ley ha diferenciado claramente en consonancia con los dos factores dichos y, en cuanto a lo segundo, que la doctrina de aquella sentencia está creada en interpretación de normas preconstitucionales y con relación a comisiones informativas municipales, es decir, órganos complementarios del Ayuntamiento y el criterio de proporcionalidad respecto del Pleno que consagra para la composición de aquéllas, en lo que coincide con el mantenido en el artículo 20.3 referido, no se estima que sea inevitablemente aplicable a la interpretación del artículo 23.1, como única fórmula para que éste no resulte atentatorio a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 23 de la Constitución y, por consiguiente a ésta, ya que la diferente composición entre unos y otros organismos municipales puede encontrar justificación en los dos factores aludidos y esos derechos invocados quedan ejercitados y satisfechos con el acceso al Ayuntamiento por el cauce electoral, pero nada exige que, contra lo establecido expresamente en la Ley, la libre designación de los miembros de la Comisión de Gobierno por el Alcalde se haya de ver condicionada por el juego de los principios de representación y proporcionalidad de las distintas fuerzas políticas presentes en la Corporación, toda vez que cuando la Ley lo ha querido así (art. 20.3) lo ha dicho.» (*Sentencia de 11 de marzo de 1986, Sala 3.ª, Ar. 1073.*)

### C) *Impugnación de acuerdos.*

*El plazo para la interposición de recurso de reposición contra un acuerdo de una Corporación Local por uno de sus miembros, que había votado en contra, no debe contarse a partir del día de celebración de la sesión, sino desde que el concejal se dio por suficientemente enterado utilizando el recurso procedente.*

«Es previo un pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso a la que se opone la representación del Ayuntamiento de Zarza-Capilla basándose en la extemporaneidad del recurso de reposición interpuesto. Y, en tal sentido, ha de tenerse en cuenta que *se utiliza la vía impugnatoria habilitada por el artículo 9 de la Ley de Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, 40/1981, de 28 de octubre, que al limitarse a establecer especial legitimación —ya que la referencia a la infracción del ordenamiento jurídico concuerda*

con lo dispuesto en el artículo 83.2 de la Ley de la Jurisdicción y sólo es contrapunto a la limitación que para el procedimiento del artículo 118 representa el artículo 8 de la misma Ley—, ha de completarse con las normas del proceso común, entre las cuales figura como diligencia preliminar (art. 52) la necesidad de formular el citado recurso de reposición.

Para comprobar la observancia del plazo de interposición que se cuestiona ha de tenerse en cuenta que el cómputo se inicia, según expresa el párrafo 2 del citado artículo 52, desde la notificación o publicación del acto, y no constando que esto se haya producido en los términos que exige el artículo 59 de la misma Ley Jurisdiccional, al menos antes del 10 de julio que se señala por el recurrente, es preciso valorar el hecho de que el acuerdo objeto de la pretensión actora se adopta en sesión extraordinaria de la Corporación Municipal de 21 de mayo de 1982, con el voto en contra del actor, aprobándose el borrador del acta en la sesión del 28 de junio, y el escrito de interposición tiene la fecha del 16 de julio siguiente. Y sobre esta base, si un conocimiento del acto pudiera estimarse como sustituto de la comunicación formal, habría de concluirse que, efectivamente, la reposición estaría fuera de plazo, pues don José M. C. intervino en la sesión del 21 de mayo y tuvo, por tanto, entonces exacta noticia de lo aprobado, sin que le quedaran dudas ni esperanzas sobre una ulterior alteración con ocasión de la aprobación del correspondiente acta, pues, naturalmente, como señala el artículo 237.4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, en ningún caso podrá modificarse el fondo de los acuerdos adoptados, y sólo cabrá subsanar los meros errores materiales o de hecho; mas es lo cierto que no existe esa correspondencia, como lo prueba el que tanto el párrafo 2 del artículo 401 de la Ley de Régimen Local como el artículo 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que requieren darse por suficientemente enterada —manifestación expresa en tal sentido, dice este último precepto— utilizando en tiempo y forma el recurso procedente, y el que no cabe a la Administración eludir la exigencia de notificación formal para que se inicie el plazo establecido mediante la prueba, por los medios admitidos en Derecho, de que el interesado ya tenía conocimiento del acto. Por otra parte, en el mismo sentido de tener por interpuesto en tiempo el recurso de reposición, abunda el que el artículo 225 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico señale que no se considerará existente el acuerdo que no conste explícita y terminante en el acta que corresponda a su adopción, que ha originado el que por algunos se mantenga que ello es un requisito constitutivo, y aunque la Sala no comparte tal opinión por ser más bien una previsión de efectos de prueba, como deriva del último inciso de dicho precepto, todas las dudas que pudieran surgir han de resolverse con un criterio "pro actione", en el sentido más favorable al enjuiciamiento de la cuestión sometida a decisión jurisdiccional, haciendo más efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución.» (Sentencia de 25 de noviembre de 1985, Sala 4ª, Ar. 488.)

## VII. POLICÍA

*Licencia de apertura. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del RSCL, pero también el contenido del artículo 178 de la Ley del Suelo para modular los efectos del silencio positivo.*

«El artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dice que estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles, atribuyendo a esta forma de intervención municipal un doble contenido: a) verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, y b) comprobar las que, en su caso,

estuvieran dispuestas en los planes de urbanismo debidamente aprobados. Así, pues, el acto de otorgamiento o denegación de una licencia de apertura supone el ejercicio de una dualidad de competencias con apoyo en ordenamientos sectoriales diversos que han de ser aplicados concurrentemente.

En consecuencia, la aplicación de la técnica del silencio administrativo, con efecto positivo en el caso de la licencia de apertura, no puede tomar en consideración únicamente lo que resulta del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sino también, y simultáneamente, lo que impone el artículo 178 de la Ley del Suelo. La calificación de la licencia de apertura como acto complejo, que fácilmente se sigue de la lectura del artículo 22 del repetido Reglamento, tiene, por tanto, consecuencias que van más allá de las puramente doctrinales, pues desembocan en el hecho de que el precepto reglamentario tenga que ser completado con el de la Ley del Suelo. No se trata, por tanto, ni de modificación del uno por el otro, en virtud del principio de jerarquía normativa, ni tampoco de un desbordamiento del ámbito estricto del 178 de la Ley del Suelo. Ambos siguen teniendo vigencia independientemente, confirmada, además, la del Reglamento local por la remisión del número 3 de dicha Ley. Pero, cuando de licencias de apertura se trata, el obligado respeto de la legislación urbanística, cuya vigilancia se encomienda a la Corporación Local, determina la entrada en juego de la prohibición contenida en el inciso final del número 3 de ese artículo 178 de la Ley del Suelo, y del mismo modo que el artículo 22, número 3, del Reglamento de Servicios condiciona el otorgamiento de permiso de obras a la obtención de la licencia de apertura para el caso de obras a realizar con destino a un establecimiento, en el caso no previsto expresamente por el Derecho positivo de un edificio ya existente, en el que se quiera abrir un establecimiento, hay que aplicar la misma razón que inspiró aquella norma, que no es otra que la de establecer una correlación y recíproco condicionamiento entre una y otra licencia. Por lo demás, es absurdo admitir que se pueda adquirir por silencio positivo lo que la Administración tendría necesariamente que negar si resuelve expresamente. Y es lo que ocurre en este caso: que, resolviendo de forma expresa la solicitud de licencia de apertura, y teniendo que valorar el presupuesto de hecho a la luz de los ordenamientos sectoriales concurrentes, ordenamientos que condicionan el simultáneo ejercicio de las diversas competencias que tiene atribuidas por el artículo 22 del Reglamento de Servicios, la Administración municipal no tiene más remedio que denegar por razones urbanísticas la licencia solicitada, dado que el bar-restaurant llamado "Venta M." se halla enclavado en terrenos que luego el Plan General calificó como suelo rústico (urbanizable no programado, concretamente). Por todo lo cual hay que concluir que el Ayuntamiento de Elche ha actuado correctamente en el caso de autos al denegar, por razones urbanísticas, la licencia de apertura solicitada.» (Sentencia de 3 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 976.)

## VIII. SANCIONES

### A) Presupuesto de hecho.

*En caso de pendencia del proceso penal, la Administración no puede ejercitar la facultad revocatoria o anulatoria de permisos de armas, por ser decisiva la resolución judicial a los efectos de apreciar si el titular del permiso anulado ha observado o no la conducta incompatible con el uso del arma.*

«El reconocimiento que aquí debe hacerse en relación con las amplias facultades que el Reglamento de Armas de 24 de julio de 1981 concede a la Administración para conceder permisos de armas de fuego y revocarlos cuan-

do hayan desaparecido las circunstancias concurrentes en el momento de su concesión y con la impropiedad de aplicar al caso de autos el principio de "non bis in idem", al tratarse de un hecho que incide en dos órdenes normativos, susceptibles de aplicación independiente, cuales son el penal de la Ley de Caza y el administrativo del citado Reglamento, no constituye razón suficiente para considerar que las alegaciones de la Administración apelante desvirtúan el fallo recurrido en cuanto que la presunción de inocencia, y especialmente la fuerza atractiva de la jurisdicción penal, cuyas declaraciones de hechos probados gozan de valor vinculante para la Administración, impiden a ésta ejercitar la mencionada facultad revocatoria o anulatoria de permisos de armas, mientras la justicia penal no se pronuncie sobre los hechos de autos, pues si bien dicha Administración podrá ejercitar plenamente esa facultad si en el proceso penal se declaran probados, no podrá hacerlo en el caso contrario, y de ello se deriva que la referida facultad deba quedar en estado de pendencia hasta que se dicte la correspondiente resolución judicial por ser ésta decisiva a los efectos de apreciar si efectivamente el titular del permiso anulado ha observado o no la conducta incompatible con el uso del arma, que constituye el fundamento exclusivo del acto administrativo recurrido y, por tanto, la sentencia apelada que así lo acuerda merece la confirmación de esta Sala.» (Sentencia de 24 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 6545.)

#### B) Ejecutividad.

*No procede la ejecutividad hasta que el acto sea firme en vía administrativa.*

Vid. ACTO EJECUTIVIDAD, Sentencia de 27 de marzo de 1986, Sala 3.ª, Ar. 1527.

*No procede la ejecutividad hasta que el acto sea firme en vía judicial.*

Vid. ACTO EJECUTIVIDAD, Sentencia de 25 de marzo de 1986, Sala 3.ª, Ar. 9160.

#### C) Impugnación.

*El denunciante de una infracción no tiene legitimación para recurrir la resolución recaída en el procedimiento sancionador.*

«El problema fundamental planteado en el presente recurso es determinar si la entidad demandante tiene legitimación para impugnar la resolución recaída en un procedimiento administrativo de carácter sancionador, cuando en ese expediente no tuvo más intervención que la de denunciar el hecho presuntamente sancionable y a las razones expuestas en la sentencia apelada, que la Sala acepta, para mantener el acto impugnado en el que se niega tal legitimación para promover recurso de alzada, cabe añadir como refuerzo de su tesis desestimatoria que el denunciante de una supuesta infracción del régimen de precios, que da lugar a un procedimiento administrativo del tipo citado, no se convierte en titular de ningún derecho subjetivo, ni pone en juego un interés personal o legítimo, como exige el artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para recurrir, que hubiera de encontrar satisfacción adecuada y traducida en algún beneficio o ventaja, puesto que se limita a comunicar a la Administración un proceder que considera irregular, a fin de que se ponga en marcha su actividad investigadora y sancionadora, que en el procedimiento sancionador regulado en los artículos 133 a 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es concluido de oficio por aquélla con una resolución sancionadora o de sobreseimiento, sin más declaraciones y menos aún de reconocimientos de situaciones individualizadas en favor de

personas ajenas a fin perseguido, criterio éste que se recoge en las sentencias de este Tribunal de 16 de marzo de 1982, 28 de noviembre de 1983 y 27 de junio de 1984, en la primera de las cuales se indica que "la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada", de forma que nunca adquiere este carácter.» (*Sentencia de 23 de enero de 1986, Sala 3.ª, Ar. 49.*)

## IX. SERVICIO PÚBLICO

### A) *Concesión: equilibrio financiero. Debe incluirse el porcentaje de beneficios pertinente.*

«Mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura, que recoge expresamente el artículo 57 del segundo de los Reglamentos citados, tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión, concretamente recogido por los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios, determinando el párrafo 3.º del artículo 18 de la Ley de 23 de julio de 1966 que "las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate", salvo que circunstancias especiales aconsejaren mantener precios políticos que, en su caso, deberán ser autorizados por el Gobierno de la nación, a propuesta del Gobernador Civil competente; y tal argumentación debe ser acogida en la forma y términos que apunta el segundo considerando de la sentencia apelada en la extensión necesaria para incluir en la nueva tarifa no sólo los incrementos de gastos derivados de distintos aumentos de precios y salarios, sino también del porcentaje de beneficios pertinente, para sostener la rentabilidad de la concesión, particular al que expresamente se refiere el apartado b) del párrafo 2.º del artículo 126 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, concretando que él debe ser el normal aplicable al caso, y como de las actuaciones administrativas resulta que esa partida, concretada en el 15 por 100 de todas las restantes, debidamente adicionadas, es la única omitida, tanto en el informe municipal como en la aprobación gubernativa, se está en la necesidad de estimar el recurso de apelación interpuesto para incluirla, habida cuenta que no puede negársele ese carácter de normalidad, a la vista de lo establecido en sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 1983, donde, acogiéndose las argumentaciones de la Sala de instancia y éstas la conformidad de otra Corporación Municipal para ese porcentaje en un caso de similar concesión, lo estableció como aplicable.» (*Sentencia de 14 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1582.*)

### B) *Servicio público impropio (Escuela de conductores de vehículos a motor). Las modificaciones normativas, al alterar un ordenamiento jurídico global, no se ven limitadas por los derechos adquiridos de los particulares que forman parte del ordenamiento.*

«No existe derecho adquirido porque nos encontramos ante algo distinto a una actividad privada intervenida por la Administración; algo distinto a una simple empresa o negocio; algo distinto a una pura titularidad dominical. Porque lo que prima aquí es la noción de servicio, que hasta puede calificarse de público, si esto lo entendemos en un sentido impropio, al quedar en manos de particulares.

Para demostrar que nuestra afirmación no es una afirmación apodictica, basta con que nos remitamos al contenido de los mencionados Reglamentos. En efecto, con ellos a la vista, comprobamos la forma en que se viene a ordenar la prestación del servicio de enseñanza de que se trata; sobre todo, las condiciones que han de reunir estos Centros de enseñanza para merecer la

autorización para su apertura y funcionamiento, regulándose las enseñanzas a impartir; los elementos con que han de contar, tanto materiales (locales, material didáctico, vehículos) como personales (titulares, personal directivo y docente, administrativo y subalterno); el régimen de funcionamiento, el de enseñanza, la documentación obligatoria, el ámbito de actividad de cada Escuela, los requisitos para la obtención de las autorizaciones administrativas, la extinción, revocación y suspensión de estas autoridades, las tarifas, inspecciones y sanciones.

*Es evidente que tan exhaustiva ordenación no es propia de una simple intervención administrativa, sobre todo a través de las técnicas permisivas o autorizantes, ya que en ellas hay una limitación, en la injerencia de la Administración, que suele centrarse en un examen previo de cada caso concreto, para comprobar si existen o no obstáculos para el otorgamiento, o, de existir, si son removibles; y, en ciertos supuestos, un control posterior, que no tiene por qué ser permanente, sino eventual o contingente, como sucede con la reglamentación de industrias molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; quedando en todo lo demás la actividad autorizada a merced del particular que la desarrolle.*

En la materia que nos ocupa, nos encontramos con una actividad por completo reglamentada hasta en sus más mínimos detalles, según una fórmula adoptada tras de una decisión política, que ha optado por dejar esta enseñanza en manos de los administrados, pero sujeta en todo a la organización, autorizaciones y controles impuestos en el Ordenamiento dictado al efecto.

*Se trata, por lo dicho, de unas Escuelas sometidas a un régimen estatutario en su organización y control, y con unos cometidos propios de un servicio semipúblico, o público impropio. Como consecuencia de ello, el régimen depende de un Ordenamiento jurídico global, inescindible, imposible de aceptarlo en una parte y no en otra; ni, como se pretende aquí por el actor, quedar sometido al mismo, pero no en lo que le perjudica, prolongando la vigencia del régimen anterior, mediante la técnica de la irretroactividad, para conservar el privilegio de la detentación de tres Escuelas en una sola mano, del que, en modo alguno, podrían disfrutar las Escuelas autorizadas a partir de la entrada en vigor de las disposiciones generales tan comentadas.*

Por lo expuesto, no encajan aquí aquellas directivas hermenéuticas dirigidas a vetar la retroactividad de normas sancionadoras, desfavorables o restrictivas; ni los preceptos constitucionales garantes del derecho de propiedad y de la libre empresa, porque la restricción que se impone a la posesión de más de dos Escuelas tiene su compensación con las restricciones que se imponen a los demás, al someterlos a una serie de condiciones y requisitos, cada vez mayores. Por otra parte, *es inadecuado estas invocaciones a la libre empresa y al derecho de propiedad, porque el concepto de empresa queda embebido en la estructura-función, y en su organización administrativa, que actúan como factores envolventes. Y en cuanto al de propiedad, la misma no es más que uno de los elementos integrados en el conjunto organizativo, elemento material regulado en la Sección 1.ª del Capítulo II del Reglamento de 10 de junio de 1978, sin perjuicio de la consideración que merezca el conjunto de la empresa en el terreno mercantil, como "propiedad comercial".*

*Es más, si nadie puede ampararse en la irretroactividad para pretender el mantenimiento de derechos o situaciones que repugnan a los "standards" éticos, sociales o políticos del momento histórico en que la nueva normativa es dictada, es obvio que, en el caso que nos ocupa, esta formulación teórica tiene plena aplicación, al resultar totalmente contraria a la dirección seguida por el nuevo Ordenamiento del Estado, pretender, como hace el actor, la conservación de tres Escuelas, a costa de cercenar las expectativas de trabajo de otros compañeros, "standard" que en términos generales se viene acen tuando en los últimos tiempos, y muy drásticamente por cierto, con la norma sobre incompatibilidades.» (Sentencia de 21 de enero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1117.)*

## X. ECONOMÍA

*Libertad de empresa y economía de mercado. La aplicación de dichos principios (art. 38 CE) lleva a disponer la libre venta de las infusiones vegetales frente a la reserva de tal venta a los farmacéuticos.*

«La pretensión del Consejo recurrente de calificar las especies vegetales que se usan para infusiones en alimentación como especialidades farmacéuticas y medicamentos incurre en el notorio error de confundir las especies vegetales con las sustancias simples o compuestas que puedan obtenerse de ellas, que es a lo que se refiere el párrafo quinto de la Base XVI de la Ley de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, siendo, por otro lado, notorio que el uso de infusiones vegetales no puede equipararse a las especialidades farmacéuticas en el sentido que define el párrafo duodécimo de la misma Base, y de ello se deriva lo exorbitado que supone el pretender que manipulaciones tan simples como son la molienda, tamizado, secado, mezcla y otras análogas a que se pueden someter las especies vegetales a que se refiere dicho Decreto, así como su venta al público, pertenezcan al exclusivo ámbito profesional de los farmacéuticos, pues esta tesis resulta indefendible, si se considera que el uso de infusiones procedentes de especies vegetales pertenece al ámbito normal de la alimentación, y así viene tradicionalmente regulado en nuestro Derecho, al menos desde la entrada en vigor de la vieja Ordenanza de 18 de abril de 1860, en cuyo artículo 68 se autoriza la venta libre de plantas medicinales, al margen de la profesión farmacéutica, y tal criterio merece ser mantenido en la actualidad, dado que el sistema de libertad de empresa y economía de mercado que consagra el artículo 38 de la Constitución y la ausencia de razones de sanidad pública que hagan imprescindible el monopolio de elaboración y venta por los farmacéuticos de plantas de uso común, como son la manzanilla, la tila, el eucalipto y la hierba luisa, y otras análogas que se enumeran en el artículo 3 del citado Decreto, hacen absolutamente infundada la citada tesis mantenida en la demanda, cuyo acogimiento conducía a resultados tan inaceptables e insólitos como sería declarar la exclusiva de los farmacéuticos en toda manipulación y venta de alimentos vegetales destinados al consumo humano por la sola consideración que produzcan efectos benéficos para la salud.» (Sentencia de 30 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 876.)

## XI. HACIENDA PÚBLICA

*Intereses de demora. En sentencia dictada con ocasión de un recurso en interés de la ley, el Tribunal Supremo confirma su doctrina de que los intereses exigibles a la Administración del Estado son los del tipo básico del Banco de España, sin añadir los dos puntos a que se refiere el artículo 921 de la Ley Civil.*

«Interpone el Letrado del Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley de esta Jurisdicción, recurso extraordinario de apelación en interés de Ley, contra la sentencia dictada en 29 de noviembre de 1982 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, limitándolo a la parte dispositiva de la misma que condena al Ministerio de Educación y Ciencia al pago de los intereses legales de la cantidad de 307.500 pesetas "en la forma indicada en el penúltimo considerando", en el que con base en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley de 26 de diciembre de 1980, razona que dichos intereses habrán de calcularse atendiendo al interés básico fijado por el Banco de España



incrementado en dos puntos, por ser —según el mencionado considerando— aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional.

El recurso interpuesto debe ser estimado, habida cuenta: a) el artículo 921 bis (que después de la Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 lleva el número 921), al puntualizar en el último párrafo que lo establecido en el anterior respecto al devengo del interés en favor del acreedor, “será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida”, “salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria”; imponiendo, por tanto, con esta frase una excepción a aquel principio general, a tener en cuenta a la hora de fijar dichos intereses cuando sea la Hacienda Pública la condenada al pago. Excepción sobre la que, por cierto, no sólo nada se razona en la sentencia apelada, sino que ni siquiera se menciona; b) la Ley General Presupuestaria a la que se remite el párrafo último del artículo 921 citado es la Ley 11/1977, de 4 de enero, que en su artículo 45 precisa que cuando la deudora sea Hacienda Pública el pago por ésta se efectuará dentro de los tres meses siguientes al día en que se produjo la notificación de la resolución judicial o el reconocimiento de la obligación, y sólo si no lo hace en este plazo se efectuará el pago desde que el acreedor reclame por escrito dicho cumplimiento, calculándose el interés de demora según lo dispuesto en el artículo 36 de la propia Ley, que lo fija en el del tipo básico del Banco de España vigente desde el día siguiente en que se cumpla el plazo del vencimiento de la deuda; sin el incremento, por tanto, de los dos puntos de que habla el considerando de la sentencia apelada. Interés éste de indudable aplicación al supuesto contemplado en el presente recurso al referirse a una deuda del Estado por remuneraciones correspondientes al curso 1975-1976; c) la doctrina expuesta reitera la de esta misma Sala en sentencias, entre otras, de 1 y 24 de octubre de 1983, que en un supuesto de expropiación declara que si bien el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil es comprensivo para toda clase de resoluciones judiciales, dictadas por cualquier jurisdicción, condenatorias al pago de cantidad líquida, según proclama su párrafo 2.º, este mismo apartado, en su inciso final, deja a salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria, de tal modo que cuando la condición de beneficiario obligado al pago la ostenten los Entes públicos que integran la Hacienda Pública, es decir, el Estado y sus Organismos autónomos, la especialidad aludida y que deja a salvo el párrafo 3.º del citado artículo 921 bis, se traduce en que el devengo de estos intereses no se retrotraiga a la fecha en que fue dictada la sentencia de primera instancia, sino que el nacimiento y obligación de abono de los mismos por la Administración del Estado tendrá lugar, en su caso, en tanto que se produzcan a partir de la notificación a aquélla de la sentencia firme dictada, y se cumplan, por tanto, los dos requisitos que conjuntamente exige el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria para constituir en mora a dicha Administración, es decir, transcurso de tres meses sin hacer pago de la deuda e intimación o *interpellatio* del acreedor para que la haga efectiva, viniendo obligada la Hacienda estatal, desde esta última fecha, al pago de intereses al tipo o módulo señalado en el artículo 36.2 de la referida Ley 11/1977 (interés básico o de redescuento del Banco de España), sin el incremento de los dos puntos que establece para el supuesto común o general el párrafo 1.º del precepto procesal señalado, y hasta el efectivo y completo pago del total objeto de condena.» (*Sentencia de 10 de marzo de 1986, Sala 5.ª, Ar. 1034.*)

## XII. TRANSPORTES

*Transporte por carretera. Competencias concurrentes. Criterio para su determinación: fin para el que el ordenamiento atribuye las facultades a cada ente.*

«Al no ser estimable la nulidad de los actos administrativos recurridos por omisión del trámite de audiencia en cuanto que no es apreciable que de ella se derivara resultado perjudicial alguno para el derecho de defensa de la demandante, plenamente ejercitado en el expediente administrativo y en este proceso, la resolución del indicado problema de fondo requiere considerar previamente que en el transporte colectivo interurbano de pasajeros se produce una concurrencia de potestades administrativas estatales y municipales, cuando los vehículos que realizan dicho servicio público circulan por el casco urbano de las poblaciones, pues en tal supuesto a las facultades de ordenación del transporte de carreteras y cumplimiento y modificación de las condiciones de la concesión otorgada para la prestación de dicho servicio, que corresponden a la Administración Central concedente, y que hoy pueden corresponder a las Comunidades Autónomas a las cuales se hayan transferido, se añaden las conferidas al Ayuntamiento por los artículos 101.c) y h) de la Ley de Régimen Local, 1 y 17 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 185 y siguientes del Código de la Circulación, 55 y 56 de la Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974 y concordantes de su Reglamento de 8 de febrero de 1977, y 1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 27 de diciembre de 1947 y 1 de su Reglamento de 9 de diciembre de 1949, y esa confluencia de facultades exige delimitar el respectivo ámbito en que cada una de ellas se desenvuelve, debiendo a tal fin afirmarse que el criterio decisivo a emplear en dicha delimitación viene constituido por el fin en atención al cual el ordenamiento jurídico concede esas facultades, que es para las municipales la ordenación del tráfico viario dentro de las poblaciones, en atención al cual podrá adoptar todas aquellas medidas que justifiquen la mayor seguridad y fluidez del tráfico urbano, debiéndose en este aspecto reconocérsele potestad para variar las paradas de líneas de transporte interurbano, cuando su emplazamiento puede afectar desfavorablemente a dicha seguridad y fluidez, y para las estatales, según se deja adelantada, aquellas que resultan necesarias al cumplimiento y mejor prestación del servicio público de transportes de viajeros concedido por el Estado, entre las cuales se incluyen las de modificar el itinerario y paradas de dicho servicio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 del citado Reglamento de 9 de diciembre de 1949.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos conduce a apreciar una invasión de la competencia estatal determinante de la nulidad de los acuerdos municipales recurridos conforme a lo dispuesto en el artículo 47.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues el detenido examen del expediente y de las actuaciones procesales, incluida las alegaciones formuladas en los escritos del propio Ayuntamiento demandado, ponen claramente de manifiesto que la imposición de los nuevos puntos de parada no responden a fines de ordenación del tráfico, sino que han sido acordadas en mejoramiento del servicio de transporte de viajeros y en beneficio de sus usuarios, y ello, aun siendo loable y digno de encomio, constituye una intromisión en la forma y condiciones en que deba prestarse dicho servicio, que interfiere en el ámbito de la concesión reservado a la exclusiva competencia de la Administración concedente, a quien el Ayuntamiento puede instar dichas medidas de modificación del itinerario y ampliación del número de paradas, pero no adoptarlas de manera directa en uso de una competencia que no le corresponde en cuanto supone alteración de una concesión que le es totalmente ajena y con respecto a la cual carece de facultades para realizar variación alguna.» (Sentencia de 4 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1229.)

## XIII. TAXI

*La obligación de explotar la licencia por su titular no impide contratar conductores asalariados, tanto por la interpretación del concepto «explotar» como por la aplicación del artículo 38 de la Constitución.*

*«Al disponer el Reglamento Nacional meritado en el apartado anterior que los titulares de las licencias de las clases A y B tendrán la obligación de explotarlas personalmente, o conjuntamente mediante la contratación de conductores asalariados, no impone la conducción personal del propietario de la licencia, pues el término "explotar", referido a una industria, comercio o aprovechamiento agrícola del suelo, implica el ejercicio de una actividad dirigida a la obtención de una utilidad o provecho, y en ella confluyen unos elementos materiales y de trabajo personal que no tienen forzosamente que ser realizados por el sujeto que aporta los bienes necesarios para la explotación, en este supuesto una licencia municipal para ejercer la industria del "taxi", incidiendo, como se expresa en la sentencia apelada, aparte de la conducción del vehículo, otros aspectos referidos a la misma actividad, entre ellos la de hacerla posible con la posesión del permiso municipal; por lo que resulta evidente que lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento Municipal aludido es contrario a lo reglamentado en el mismo artículo del Reglamento Nacional, y por ello nulo, en cuanto exige la conducción personal del vehículo dedicado al servicio del "taxi", aunque permita que lo sea conjuntamente con conductores asalariados; habiendo el Ayuntamiento de San Sebastián impuesto la obligación al recurrente de poner en su conocimiento el horario de trabajo referido a la conducción personal del vehículo aplicando un precepto de su Reglamento Municipal que es nulo.*

*Debe declararse que la exigencia de la conducción personal de un auto-taxi por el titular de una licencia municipal, aunque sea en forma compartida con conductores asalariados, infringe el principio de libertad de empresa consignado en el artículo 38 de la Constitución: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación", pues el servicio del transporte urbano e interurbano denominado "Servicio Público del Taxi" debe regularse atendiendo al interés público de ese transporte, con unos condicionamientos relativos a la prestación del servicio: horario, tarifas, recorridos, estacionamientos, tipo de vehículos y su conservación y distintivos, y capacidad del conductor, etc., pero ello no legitima las restricciones del ejercicio de esa actividad por la empresa privada a la que se autoriza la prestación de este servicio, conculcando el principio de libertad de empresa a que se ha hecho mención; sin perjuicio, además, de que esta intervención de la empresa, en lo que no afecte al propio servicio, no está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al no atender a los fines que la legitiman, que son los del servicio público del "taxi"; sin que tengan relación con ese servicio ni con las necesidades públicas que se atienden con el mismo: el transporte de viajeros, el que se preste o no por el titular de la licencia municipal, circunstancia ajena a las condiciones establecidas respecto a la capacidad de quien conduzca el vehículo.» (Sentencia de 24 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 872.)*

## XIV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

## A) Principio de igualdad.

*Vulneran el principio de igualdad las resoluciones que se apartan de precedentes administrativos en casos similares sin la fundamentación demostrativa de las diferencias justificativas de tal decisión.*

*«La discrecionalidad en que, al amparo del artículo 11.5 del Reglamento del Juego del Bingo de 9 de enero de 1979, basa la Administración su decisión desestimatoria no puede dejar de ponderar aquellos informes favorables ni la inexistencia de datos o elementos que se opongan y, sobre todo, no es aquélla de tono tan absoluto que permita resolver en contrario, sin la más mínima fundamentación razonada, un expediente cuando otros, de analogía muy acusada, han sido resueltos en sentido favorable, porque ello sería tanto como infringir gravemente el principio de igualdad, constitucionalmente proclamado, y que debe regir obligadamente en decisiones de esta naturaleza para impedir una discriminación injusta.*

*En abono de esta tesis ha de señalarse que este principio de igualdad imperante en el orden decisorio, cuando se procede en función de facultades discrecionales, se apoya también en el precedente de la resolución de casos muy similares y de los que se ha separado la impugnada sin la obligada fundamentación demostrativa de las diferencias justificativas de tal decisión, de aquí que haya de entenderse que son inexistentes y que, por lo tanto, se contraría, junto con el precedente, la necesaria que debe presidir el mecanismo de concesión de autorizaciones basado, como en el supuesto de autos, en el cumplimiento de las condiciones objetivas precisas.» (Sentencia de 17 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 661.)*

## B) Libertad de expresión.

*La clausura de una emisora de televisión que comenzó a funcionar sin autorización no infringe el artículo 20 de la Constitución.*

*«A diferencia del supuesto planteado y resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982, en el que ahora se resuelve, el recurrente no solicitó una autorización administrativa para poder instalar una emisora de televisión privada, sino que la que fue clausurada por la Administración comenzó a funcionar sin autorización ninguna. Lo que está impugnando es el cierre de instalaciones de televisión carentes de autorización, por lo que su pretensión equivale a sostener que, tanto la emisora de televisión que él insta, como todas cuantas quieran establecerse dentro de la Comunidad Valenciana, como en el resto del territorio nacional, pueden ser instaladas por quien tenga a bien hacerlo, en las condiciones que estime oportunas y con el ámbito, canales y frecuencias que cada uno crea más conveniente a sus intereses, ya que, si el recurrente se arroga tal derecho, ese mismo debe de corresponder al resto de los ciudadanos, por aplicación del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución; y esto no es así ya que, en todo caso, cualquier derecho fundamental que la Constitución proclama, deberá de tener como límite los demás derechos fundamentales de los restantes ciudadanos con los que debe de ponerse en relación, y en ningún caso puede ser ejercitado de un modo absoluto, de forma que pueda colisionar con los mismos derechos fundamentales de los demás, y los propios principios inspiradores de esos derechos fundamentales impidiendo que otros puedan ejercitar esos derechos, o limitando su ejercicio.*

No puede entenderse, por lo tanto, infringido el artículo 20 de la Constitución, ya que no existe ninguna norma de rango constitucional que autorice a la libre expresión de sus ideas, precisamente por este medio que eligió, en vez de otros no sometidos a intervención administrativa y que, además, no se enfrenten, dificulten o impidan la libre emisión de estas mismas ideas por parte de otros administrados, cuyos derechos fundamentales están protegidos por la Constitución, por tratarse de un derecho del mismo rango, o por lo menos de rango no inferior al que el apelante alega, y que hay que entender protegido por la Constitución siempre y cuando cumpla los requisitos que, para cada caso concreto, exija el Ordenamiento Jurídico para que el medio por el que se pretendan expresar libremente las ideas u opiniones cumpla con los requisitos que el Ordenamiento Jurídico establece para su válida existencia, como requisito necesario para que ese derecho fundamental sea compatible y no interfiera los derechos fundamentales de los restantes administrados.» (*Sentencia de 20 de febrero de 1986, Sala 3.ª, Ar. 533.*)

### C) Extranjeros.

*El artículo 13.1 de la Constitución reconoce el derecho de los extranjeros a residir en España, por lo que la denegación del permiso de residencia ha de fundamentarse en la realidad incontestable de los hechos determinantes de una conducta reprobada o imputable de la sanción de expulsión, siendo insuficiente, a tales efectos, la presunción de veracidad de las actuaciones policiales.*

«El debate se centra en esta segunda instancia en los mismos términos en que lo fuera en la primera en que la cuestión abordada ha sido la resolución del Gobernador Civil de Alicante, de 22 de febrero de 1985, que deniega la petición del demandante, reiterando solicitud de autorización de residencia y permiso de trabajo por cuenta propia en nuestra nación, dada su nacionalidad belga, y, acuerda el archivo del expediente con cuya medida se acuerda la expulsión del recurrente de nuestro territorio nacional, resolución gubernativa que, impugnada en vía de amparo por la Ley 62/78, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por desconocer el derecho constitucional de los extranjeros a residir en España que les confiere el artículo 13.1 de la vigente Constitución, se acudió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia, que dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 1985, objeto de la presente apelación por el Letrado de la Administración, cuyas alegaciones no desvirtúan los sólidos argumentos jurídicos contenidos en los considerandos de la sentencia apelada, fundamentos que esta Sala hace suyos al haberlos aceptado y no haber alegado por la parte apelante alguno diferente a considerar a los ya aducidos ante el Tribunal *a quo*.

El acuerdo del Gobernador Civil impugnado, que estimó que por razones de orden público no correspondía otorgar al peticionario la autorización de residencia en nuestro país, no se apoya en el acreditamiento del supuesto básico que pudiera justificar la procedencia en Derecho de la medida denegatoria de residencia, pues la valoración de la prueba ha de realizarse ajustándose a los criterios legales establecidos no en una primaria presunción de veracidad del resultado de las actuaciones policiales, que es enervable por la prueba en contrario, sino que ha de descansar en la realidad incontestable de los hechos determinantes de una conducta reprobada o imputable de la sanción de la salida de nuestro país, en cuyo supuesto se legitimaría el ejercicio de la discrecionalidad que la normativa sobre esta materia de extranjería atribuye a la Administración en el campo del Orden Público o de la Seguridad del Estado, hechos determinantes que no se acreditan en

el proceso, por lo que al no estar probados los hechos o conducta que supuestamente se imputaban al recurrente, y hoy apelado, y correspondiendo a los Tribunales el control de la actuación y legalidad administrativa, así como el sometimiento de ésta, en el ejercicio de la potestad discrecional, a los fines que la justifiquen, procede confirmar la sentencia apelada.» (Sentencia de 7 de febrero de 1986, Sala 3.ª, Ar. 458.)

## XV. URBANISMO

### A) Planeamiento.

*No es revisable, en la vía jurisdiccional, la decisión política de elección del modelo territorial a establecer por los planes urbanísticos.*

«Los argumentos esgrimidos por la recurrente — que se ha intentado resumir en el fundamento anterior— no son bastantes para justificar la inadecuación a Derecho de la calificación realizada en el plan de la manzana CPCM. Porque ni prueban la existencia de desviación de poder ni la improcedencia de esas calificaciones. Todo lo más expresan una concepción distinta del urbanismo o, si se prefiere, del modelo territorial a establecer, lo cual es cuestión perfectamente opinable y defendible y respetable, pero que pertenece al mundo metajurídico de la decisión política conformadora, en cuyo control, en cuanto pura decisión (otra cosa sería en cuanto a su forma de ejecución), los órganos jurisdiccionales no pueden entrar. Debe, en todo caso, recordarse que la Ley del Suelo significó ya la consideración de la ordenación urbanística como función pública y la transferencia a una decisión pública de lo que todavía en nuestro Código Civil se refería a la mera "conveniencia" del propietario. Hasta el punto de que se ha producido una disociación entre la propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas relativas al mismo, privando de estas últimas al propietario y atribuyéndoselas al poder público. Y, como consecuencia de todo ello, la clasificación y calificación del suelo definen el contenido normal de la propiedad. Y este diseño o definición se hace por la propia Ley del Suelo, y lo que es más importante, en virtud de ella, por los planes (art. 76 de la Ley del Suelo).» (Sentencia de 16 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 655.)

### B) Suelo no urbanizable.

*Si bien, de forma incidental, se califica como actividad de interés social la realizada por un bar, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley del Suelo.*

«Sin perjuicio de lo establecido en los fundamentos precedentes, la aplicación de los artículos 60 y 85 de la Ley del Suelo, así como evidentes razones de equidad que pueden ser invocadas de forma complementaria según el artículo 3.2 del Código Civil, determinan la necesidad de mantener también la situación fáctica creada con anterioridad a la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en el ejercicio de una actividad de bar-restaurante en un edificio que después de esa aprobación hay que considerar fuera de ordenación. Ocurre, en efecto, que el edificio llamado "Venta M.", al igual que la actividad que en él se viene realizando, son anteriores a la aprobación del Plan General, y, aun después de aprobado éste, la actividad en cuestión ha venido siendo tolerada por el Ayuntamiento, que ha percibido el impuesto de radicación, habiéndose pagado también el impuesto industrial. Estamos, por tanto, ante un edificio fuera de ordenación que, como tal, estará sujeto a las limitaciones previstas en el artículo 60 de la Ley del Suelo. Y es-

*tamos también ante una actividad ejercida en ese edificio desde antes de la aprobación, actividad que, en cierto modo, puede decirse que es de interés social en cuanto que, de una parte, se trata de un bar-restaurante próximo a la carretera nacional, que presta un servicio al público que transita por la misma y que da trabajo al personal que sirve el mencionado bar-restaurante. Y si conforme al artículo 85 de la Ley del Suelo podrán autorizarse en suelo urbanizable no programado edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social, por el procedimiento del artículo 43.3 no puede considerarse contrario a Derecho, y la equidad —entendida como justicia del caso concreto e invocada aquí de manera no exclusiva, sino con carácter complementario—, así, además, lo exigiría, que la actividad de bar-restaurante pueda seguir realizándose como hasta ahora, siempre con las limitaciones dichas en cuanto al edificio, por ser éste fuera de ordenación, y en cuanto a la actividad.» (Sentencia de 3 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 976.)*

### C) Reparcelación.

*El artículo 100.2 del texto refundido de la Ley del Suelo, que limitaba las posibilidades de impugnación en vía contencioso-administrativa del acuerdo aprobatorio de reparcelación, ha sido derogado por los artículos 24 y 106 de la Constitución.*

*«En lo que se refiere a la causa de inadmisibilidad, consistente en que el artículo 100.2 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976, establece que en la vía contencioso-administrativa solamente podrá impugnarse el acuerdo aprobatorio de reparcelación por vicios de nulidad absoluta del procedimiento de su adopción o para determinar la indemnización que, en su caso, proceda, debe ser rechazada por esta Sala la mencionada alegación, ya que, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 106 de la vigente Constitución, ha de estimarse derogado el aludido precepto de la Ley del Suelo, tanto por implicar una posible indefensión para el interesado como por excluir esa actividad administrativa al control jurisdiccional.» (Sentencia de 31 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 6550.)*

### D) Disciplina.

*El incumplimiento del deber urbanístico de conservación definido en el artículo 181 de la Ley del Suelo constituye una infracción continuada, por lo que, mientras el propietario obligado mantiene una actitud pasiva ante las órdenes de ejecución, no corre el plazo de prescripción.*

*«El artículo 10.3 del Reglamento de Disciplina Urbanística, cuando anuda el incumplimiento de la orden de ejecución de obras a la incoación de expediente sancionador, no pretende castigar la conducta pasiva del propietario en relación con la orden recibida o su resistencia al cumplimiento de ésta, sino que lo que dispone es la iniciación del correspondiente procedimiento para depurar las posibles responsabilidades que en el orden urbanístico haya podido contraer el propietario por la infracción del deber de conservación definido en el artículo 181 de la Ley del Suelo; con esto se quiere poner de relieve que el plazo concedido para la ejecución de las obras opera a modo de requisito de perseguibilidad de la infracción del deber de conservación, objetivamente constatada al haberse dictado con anterioridad la orden de ejecución, de modo que si se atiende al cumplimiento de aquel deber dentro del*

*plazo que la Administración señale al propietario en razón de la magnitud de las obras la infracción no se persigue, pero transcurrido el mismo, y en tanto no se satisfaga el deber definido en el artículo 181, la infracción urbanística pervive por su naturaleza permanente, esto es, se sigue cometiendo, por lo que mal podrá acogerse una excepción de prescripción cuando, como en el caso que se contempla, la conducta pasiva del actor frente a las órdenes de ejecución de obras es patente a lo largo de todo el expediente.*

.....  
 Por consiguiente, no consumándose la infracción del deber urbanístico de conservación definido en el artículo 181 de la Ley del Suelo en un solo acto u omisión, por tratarse de una infracción continuada que pervive en tanto no se satisfaga aquel deber concretado en la orden de ejecución de obras, es patente que cuando el 4 de abril de 1978 se ordenó por la Gerencia Municipal de Urbanismo la incoación de expediente sancionador, como consecuencia de la resistencia del propietario a dar cumplimiento a las órdenes dictadas, no había ni siquiera empezado a correr el plazo de prescripción señalado en el artículo 230.1 de la mencionada Ley.» (Sentencia de 24 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 6546.)

## XVI. RECURSO ADMINISTRATIVO

### A) Recurso de reposición.

*Subsanación de la falta de interposición. El Tribunal debe proceder a otorgar el plazo de subsanación cuando existan circunstancias concluyentes de actuación de buena fe y consecuente carencia de fraude de ley.*

«Ciertamente es que los artículos 62.c), 71 y 82.e) de la Ley Jurisdiccional tipifican la carencia de recurso de reposición como causa de inadmisibilidad; pero también lo es que el artículo 129.3 de la misma Ley, en términos imperativos para el Tribunal, dispone la subsanación de la falta, produciéndose así una aparente antinomia que en su real significado debe resolverse en forma coherente con el derecho fundamental de tutela efectiva por los Tribunales, garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución y que vincula a todos los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 53 de la citada Ley Fundamental del Estado; y como, por otra parte, el artículo 106.1 de la misma somete al control de los Tribunales la actividad administrativa, incluso conforme a la razón, causa jurídica u objetivo interés público que la justifica, cumple de este modo concluir en el sentido de que la imperativa aplicación del mencionado artículo 129.3 habrá de producirse cuando existan circunstancias concluyentes de actuación de buena fe y consecuente carencia de fraude de Ley (art. 6.º4 del Código Civil) apreciadas por el Tribunal, dentro de cuyo ámbito circunstancial, como ocurre en el presente caso, será taxativamente aplicable el susodicho precepto de la Ley Jurisdiccional subsanatorio de la falta; apreciación ya establecida por esta Sala al resolver el recurso de súplica promovido contra la acordada subsanación, en auto que quedó firme al no haberse continuado la impugnación por los apelantes mediante la formalización del incidente de nulidad de actuaciones a tenor de lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo.» (Sentencia de 26 de diciembre de 1985, Sala 4.ª, Ar. 1540.)



## B) «Solve et repete».

*La Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución ha derogado la exigencia de consignación previa del importe de la multa como condicionamiento de la admisibilidad del recurso de alzada, aun cuando tal exigencia hubiera sido establecida por una norma de rango legal.*

*«Esta Sala no comparte los expuestos criterios del Tribunal "a quo" por entender derogado el condicionamiento del recurso de alzada a la consignación de la multa contra la cual precisamente se recurre, por la disposición derogatoria tercera de la Constitución española, ya que, al ser dicho recurso administrativo previo y condicionante del acceso a la revisión jurisdiccional sobre el fondo del acto impugnado, la exigencia en cuestión implica, de hecho, una rémora, obstáculo o restricción impuesto al Derecho fundamental de tutela judicial "efectiva" garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que, con la susodicha exigencia, queda indirectamente, pero de modo efectivo, cerrado el acceso al ámbito judicial de las pretensiones anulatorias, amparadas por el artículo 41 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, que normalmente se apoyan en vulneración sustancial o material del ordenamiento jurídico por el acto recurrido; y como quiera que el artículo 53 de la citada Ley Fundamental del Estado vincula a todos los poderes públicos a tutelar los derechos y libertades consagrados en los artículos 14 a 29 de la misma, forzoso es calificar de derogada por la Constitución la restricción de referencia; máxime cuando, de conformidad con el artículo 106.1 de dicha Ley Fundamental, no sólo es la legalidad del acto impugnado el objeto de la revisión contenciosa, sino también el sometimiento de la entera actividad administrativa a los fines que la justifican, y la finalidad de la exigencia de consignación previa de la multa, en cuanto condicionante del ejercicio del derecho de recurrir, no se concreta en otra cosa que el aseguramiento de su pago a costa, como se ha visto, de un derecho fundamental del administrado, es decir, como nuevo y radical privilegio a favor de los órganos del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, que incluso puede evitar los trámites del apremio administrativo, de suyo independiente y compatible respecto al condicionamiento del derecho a recurrir y que tiene en cuenta la posible insolvencia del apremiado; mientras que con tal condicionamiento la restricción de defensa que implica viene a ser factor de firmeza de las multas que en materia de viviendas de protección oficial limita la defensa del administrado frente a las sanciones que imponen los referidos órganos del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, quedando en posición discriminada incluso con respecto del condenado al pago de multa en el orden penal; acreditándose así, con todo ello, la finalidad de acusado privilegio del referido condicionamiento para recurrir, tan contradictorio con el principio de justicia, consustancial al Estado de Derecho (art. 1.1 de la Constitución), como lesivo del antes citado Derecho fundamental, lo que obliga a concluir que el mismo ha sido derogado por la Constitución.» (Sentencia de 26 de noviembre de 1986, Sala 4.ª, Ar. 489.)*

C) *Plazos. Días inhábiles. Deben computarse como tales las fiestas locales.*

*«A los efectos del presente recurso, resulta indiferente que el recurso de alzada interpuesto por la parte actora contra la resolución lo fuese el día 20 o el día 21 de octubre del mismo año, dado que, tanto en el escrito de interposición como en la resolución de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 25 de mayo de 1982, se estima que la primera de ellas fue notificada el 1 de octubre del mismo año, y si bien la citada Dirección General llega a la conclusión de que el plazo de*

quince días para recurrir vencia en 20 de octubre es porque sólo tiene en cuenta las fiestas de carácter nacional, como son cuatro domingos y el 12 de octubre como día de la Hispanidad, sin tener en cuenta que en la ciudad de Valencia es, además, festivo el día 9 de octubre, por lo que el plazo para recurrir en alzada vencia el 21 de octubre, y, por ello, tal recurso se interpuso en cualquier caso dentro de plazo, y así se vino a reconocer por la Jefatura de Puertos y Costas de Valencia en su informe fechado en 21 de octubre de 1981, que acompaña al escrito de interposición del recurso, dado que, sin duda, dicha Jefatura Provincial, a diferencia de la Dirección General, conocía la existencia de la referida fiesta local, aunque dejara de consignarlo expresamente; por lo que, en definitiva, procede entrar en el examen del fondo del asunto.» (*Sentencia de 4 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 1223.*)

## XVII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### A) Prueba.

*Si bien en el trámite de prueba del proceso contencioso-administrativo la presunción de legalidad y veracidad de los actos administrativos decae, no por ello queda invertido el «onus probandi».*

*«Lo primero a encuadrar es el principio sobre el "onus probandi", sobre el que se ha pronunciado muy atinadamente el Tribunal de la Territorial, al manifestarse sobre la improcedencia de mantener una rigidez desmesurada en la administración de dicho principio.*

En este sentido, debemos subrayar que, si bien a la hora de proceder un Tribunal a efectuar una valoración de la prueba disponible en un proceso, la presunción de legalidad y de veracidad del acto administrativo no debe convertirse en elemento decisorio de tal operación intelectual, puesto que deben ser dichas pruebas las que conduzcan a la formación de la convicción sobre la realidad en controversia, como medio para intentar alcanzar la justicia material; sin embargo, una cosa es que en esos momentos cruciales del proceso el privilegio de la Administración decaiga, al decaer la aludida presunción, y otra muy distinta que el equilibrio de carga procesal implícito en el *onus probandi* quede roto, con inversión total de posiciones, pasando la Administración de parte privilegiada a parte condenada, a tener que correr a su cargo todas las pruebas, lo que no es admisible ni en el proceso civil, entre partes defensoras de intereses particulares, situados a un mismo nivel, dada la forma racional con que la jurisprudencia ha venido interpretando la regla hermenéutica del artículo 1214 del Código Civil —sentencias Sala 1.ª de 19 de mayo de 1947; 19 de enero de 1948; 25 de mayo, 29 de septiembre y 20 de diciembre de 1956, entre otras muchas.

Por otra parte, el que el Ayuntamiento de Tarragona haya probado, mediante fotocopias de los documentos privados de las ventas efectuadas por el actor a los distintos adquirentes de sus parcelas, la realidad de tales operaciones no debe significar una descalificación del medio empleado, puesto que lo importante es disponer del mayor número de elementos probatorios, como ha venido abogando la doctrina científica, y al final ha consagrado la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial número 6/85, de 1 de julio, en su artículo 230, sin perjuicio de que, después, cada medio se valore en la forma debida y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En este caso, al recurrente le hubiera sido fácil desarticular el contenido, e incluso la existencia, de tales fotocopias, trayendo al proceso el testimonio de los que en ellas, con todos los datos precisos, figuran como compradores; mas, en vez de obrar así, lo que ha hecho ha sido despreciar dicho medio documental, creyendo que para destruir su valor le basta con remitirse a los precios que figuran en las escrituras públicas y en los correspondientes asien-

tos del Registro de la Propiedad. Con ello olvida que no siempre el precio recogido en esta documentación pública coincide con el real, por motivos que no es del caso exponer aquí, y, lo que es importante, que la fe pública notarial sólo puede responder de lo que sus sentidos recogen (*de visu et auditu sui sensibus*), pero no de la veracidad de lo manifestado por los otorgantes, como proclama una constante jurisprudencia —sentencias Sala 1.º de 31 de mayo de 1948; 3 de enero de 1952; 6 de marzo y 16 de mayo de 1952.» (*Sentencia de 27 de noviembre de 1985, Sala 4.º, Ar. 498.*)

B) *Sentencia. Ejecución. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución, corresponde al Tribunal ejecutar directamente la sentencia, sin limitarse a fiscalizar su ejecución.*

El artículo 117.3 de la Constitución establece categóricamente que la potestad jurisdiccional comprende tanto las facultades necesarias para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado en *todo tipo de procesos*; ello impone una profunda modificación de lo dispuesto en los artículos 8.1 y 103 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, ya que los Tribunales dejan de limitarse a fiscalizar la ejecución de sus sentencias para hacerlas ejecutar directamente, es decir, por potestad propia inherente a la función jurisdiccional. Es muy cierto que esta nueva lectura de dichos preceptos, obligada por la norma fundamental, impone, a la vez, una nueva redacción de todos los comprendidos en el capítulo 3.º del título IV de la Ley de 1956, ya que determinadas pautas del proceso no pueden quedar al arbitrio judicial; pero es claro, mientras esto no suceda, que los jueces han de interpretar los vigentes de acuerdo con el mandato constitucional, lo que supone: a) que donde la potestad jurisdiccional ejecutiva pueda ejercitarse claramente debe ser ejercitada; b) que las medidas compulsivas indirectas y cautelares que se recogen, sobre todo en los artículos 109 y 110 de la Ley, han de interpretarse y aplicarse en el sentido de reforzar lo más posible la potestad jurisdiccional; c) que, en todo caso, el artículo 118 de la Constitución subraya y refuerza el papel colaborador y la obligación primordial de la Administración de cumplir voluntariamente las sentencias judiciales. Por todo ello, esta Sala considera plenamente ajustada al ordenamiento la medida adoptada por la de instancia en el auto recurrido.

También está plenamente acreditada la resistencia del señor N. D. al cumplimiento de la sentencia dictada en los autos principales, que le concierne directamente, no sólo por hechos —como muy bien aprecia el auto impugnado—, que en su conjunto sólo pueden ser calificados como actitud contumaz, sino por los propios remedios jurídicos utilizados, a los que alude en el escrito preparatorio del recurso de apelación; en efecto, tanto por encontrarnos en un proceso de ejecución como por movernos en el ámbito de la Ley 62/1978, ningún recurso de parte alcanza otro efecto que el devolutivo. Además, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial implanta decididamente en nuestro ordenamiento procesal el principio de la buena fe; no ha llegado la Sala de instancia a rechazar liminarmente ninguna petición del señor D. N., pero, sin duda, ha valorado con acierto las que verdaderamente entrañaban, en el contexto, una clara actitud de resistencia a la ejecución de la sentencia. Por todo ello, procede la confirmación del auto de 18 de octubre de 1985, en el que, por cierto, no se ha impedido al señor Alcalde presidir la sesión de obligada convocatoria y celebración. Sin que, obviamente, pueda discutirse ahora si es o no correcto el envío de un tanto de culpa de la jurisdicción penal, ya que sólo ésta puede valorar los hechos que en él se contienen.» (*Sentencia de 13 de marzo de 1986, Sala 3.º, Ar. 1080.*)

C) *Procedimiento especial de la Ley de 26 de diciembre de 1978.*1. *Demanda. Cómputo del plazo. Inhabilidad del mes de agosto.*

«En el escrito de contestación a la demanda, formulado por la representación procesal del Ayuntamiento de Oviedo, se invoca la caducidad del recurso contencioso, ya que a la parte actora se le otorgó el plazo improrrogable de ocho días para formalizar la demanda, en providencia de fecha 24 de julio de 1985, que por cierto no consta el día de su notificación, presentándose dicho escrito, conteniendo la pretensión, el día 5 de septiembre siguiente, vencido el periodo vacacional, fase que la parte demandada no considera inhábil, ya que la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 1 de julio de 1985, establece en su artículo 183, ciertamente, la inhabilidad durante el mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, salvo las declaradas urgentes por las leyes procesales, urgencia que establece el artículo 10 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, en cuanto a la configuración del proceso, tal causa de inadmisión u oposición formal, debe ser rechazada por las siguientes razones: a) en primer lugar, porque tal urgencia se dispone en la Ley 62/1978, por su natural finalidad, reduciendo trámites procesales, estructurando un proceso breve y sumario, como es el regulado en dicha Ley; b) en segundo lugar, porque la inhabilidad del mes de agosto es general, necesitando, salvo supuestos urgentes propios de la Jurisdicción Criminal, la habilitación procesal correspondiente; c) en tercer lugar, porque nunca podría otorgarse carácter retroactivo a una Ley como la Orgánica del Poder Judicial, respecto a una praxis procesal, caracterizada por la buena fe entre las partes, y d) en último término, porque el Decreto-ley de 17 de julio de 1973, referido, en principio, según su artículo 1.º, a las materias civil y penal, dispuso en su artículo 5.º que en materia contencioso-administrativa se estaría a lo normado en su Ley reguladora (art. 121), que expresamente preceptúa que en el periodo de verano sólo correrán los plazos señalados para interponer el recurso contencioso-administrativo y el de revisión; razones que obligan a la desestimación de la oposición formal de caducidad alegada por la parte demandada.» (Sentencia de 11 de marzo de 1986, Sala 3.º, Ar. 1074.)

2. *No vulnera el artículo 24 de la Constitución la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo interpuesto fuera de plazo al amparo de la Ley 62/78, ya que es el recurrente quien elige el proceso. Sin embargo, procede la concesión de un plazo de diez días para que éste pueda solicitar que el recurso se continúe por el procedimiento ordinario.*

«Aunque el rechazo del procedimiento sumario y declarar el recurso inadmisibles por haberlo efectuado fuera de plazo, como ya tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 29 de marzo de 1982 (R. T. Const. 11), no constituye una violación del artículo 24 ni los demás preceptos de la Constitución que cita la parte apelante; como lo que da derecho al procedimiento especial de la Ley 62/78 no es la voluntad del recurrente, el recurrente no es árbitro para elegir libremente ese proceso especial, ni por la invocación de la Constitución, sino sólo por la presunta lesión efectiva de un derecho fundamental, la opción dual que permite la legislación vigente, de uno u otro procedimiento tiene que realizarse, pues, previo cumplimiento del conjunto de requisitos inherentes a la vía elegida, por lo que, en definitiva, puede afirmarse que esa opción dual que la Ley en principio no prohíbe a posteriori se reduce a una sola posibilidad, el hecho de que el legislador sujete el ejercicio de una acción a decadencia sin permitir prolongar el plazo a través de

la posibilidad de un trámite de subsanación no entraña tampoco violación del artículo 24 al ser consecuencia lógica y jurídica del formalismo exigido con carácter necesario por la Ley, ni cabe entender vulnerados en un procedimiento judicial los derechos fundamentales que cita el apelante cuando dicha parte tuvo la posibilidad, que no utilizó, de decisión propia en la elección del proceso cuando podía ejercer sin obstáculo ni limitación el derecho de defensa en el recurso ordinario; no obstante, como el acto impugnado no repercute directamente en el ámbito de los derechos fundamentales, por afectar exclusivamente a problemas de legalidad interna por incumplimiento de un contrato administrativo de obras y a una pretensión de indemnización que se demanda al Estado o Administración contratante, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente ventilar por el recurso contencioso-administrativo ordinario de la Ley de 1956, que la sentencia apelada no tenía por qué discutir ni niega el derecho a la apertura de un procedimiento ordinario al no haber sido objeto de debate entre las partes, como la apelante solicita, que con carácter supletorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 62/78, en relación con el artículo 62.2 de la Ley Jurisdiccional, procede conceder a dicha parte el plazo de diez días para que pueda solicitar que el recurso se continúe por la Ley de 27 de diciembre de 1956.» (*Sentencia de 10 de enero de 1986, Sala 3.º, Ar. 22.*)

#### XVIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

##### A) Cómputo de plazo.

1. *El «dies a quo» en la prescripción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en el caso de que el acuerdo causante de la lesión haya sido impugnado, es la fecha de la resolución, expresa o presunta del recurso.*

«La doctrina contenida en el razonamiento cuarto de la sentencia impugnada es acorde con un criterio jurisprudencial reiterado, al afirmarse que cuando el daño o lesión patrimonial es producido por un acto o resolución administrativo, no siempre es posible atribuir equivalencia a los conceptos del hecho causante y al acto administrativo en que aquél se concreta como expresión final y singularizable de la decisión administrativa. Y por ello, al ser impugnado —a través de la reposición— el acuerdo causante de la lesión patrimonial, es a partir de su resolución expresa o presunta, o, en su caso, de la resolución jurisdiccional procedente (vía penal previa, nulidad decretada del acto, etc.), de donde hay que partir para determinar el “dies a quo” —argumento art. 121 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, art. 136.2 del Reglamento de Expropiación y sentencias, entre otras, de 1 de julio de 1981, 2 de febrero de 1980, etc.—; doctrina enteramente aplicable en materia local, unido a que la propia Ley Jurisdiccional abre diferentes vías procesales de actuación, ya que [arts. 42, 79.3 y 84.c], y concordantes] cabe acumular la pretensión indemnizatoria con la de anulación, pero sin que tal posibilidad legal (que es facultativa) pueda transformarse en una exigencia obligada; por ello, tampoco puede imponerse como exigencia inexcusable la acumulación de la petición de indemnización en el escrito de reposición contra el acuerdo de 27 de junio de 1979, ya que, con independencia de la sustantividad e independencia de la pretensión indemnizatoria, aquí se produce —como reconoce la sentencia apelada— una disociación entre el hecho causante del daño o lesión y el acto administrativo en que se concreta de una manera definitiva tal cuestión; por lo que carecen de viabilidad jurídica las objeciones formuladas por la Administración municipal como soporte de la excepción de inadmisibilidad por extemporaneidad.» (*Sentencia de 22 de noviembre de 1985, Sala 4.º, Ar. 477.*)

2. *En el caso de solicitarse la indemnización tras decisión judicial, el cómputo del plazo del año se iniciará una vez se devuelva el expediente a la Administración.*

«En cuanto a la primera de las alegaciones señaladas, con independencia de que ella constituye una novedad, al no haber sido alegada en primera instancia y de la naturaleza jurídica del plazo anual que señalan los artículos 411 de la Ley de Régimen Local, 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, resulta patente que *la data a partir de la cual debe computarse el citado plazo no es el 5 de septiembre de 1979, en que se acordó la clausura del bar y discoteca por el Alcalde de Ibiza, ni el 22 de los mismos mes y año, cuando se llevó a efecto tal clausura, sino el 11 de marzo de 1982, cuando, como consecuencia de la firmeza de la sentencia de la Sala Territorial de Palma de Mallorca de 12 de noviembre de 1980, recaída en el auto número 88 de 1979, al desistirse el recurso de apelación interpuesto contra ella por ambas partes, se devolvió al Ayuntamiento de Ibiza el expediente administrativo con testimonio de la citada sentencia, que anulaba todas las actuaciones a partir de la indicada fecha de 25 de septiembre de 1979, incluido el acuerdo de la Alcaldía citado, tanto por la falta de competencia de ésta para decidirlo cuanto por falta de audiencia del señor F. C., pues sólo a partir de ese momento pudo este último instar la indemnización solicitada, y como ello aconteció el 28 de mayo de 1982, apenas dos meses después de la devolución del expediente dicho, es visto que en tal fecha no había transcurrido el plazo anual citado, de lo que se infiere la procedencia de desestimar esta primera alegación impugnatoria de la sentencia recurrida; y no se alegue, cual se efectúa, la doctrina de la sentencia de 5 de junio de 1967, por cuanto ella, al referirse a un hecho —un incendio acaecido en el puerto de Melilla—, no resulta aplicable al caso examinado, que sí es contemplado por la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1982, y aunque es cierto que en ella se refiere el cómputo inicial del año a la fecha de firmeza de la sentencia anulatoria, y en el caso se concreta en la de la devolución del expediente a la Administración, ello es debido al desconocimiento de aquélla, y como el acreditamiento del hecho corresponde a la Administración alegante, ello no puede prevalerse de tal situación para decidir la cuestión a su favor, máxime teniendo en cuenta que, en caso de duda, debe ella resolverse en sentido de facilitar el ejercicio de la acción indemnizatoria de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son paradigma las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1974, 5 de mayo de 1976 y 5 de junio de 1981, entre otras.» (Sentencia de 3 de febrero de 1986, Sala 4.ª, Ar. 893.)*

B) *Poder judicial. Al no haberse desarrollado el artículo 121 de la Constitución, se entiende que el citado precepto carece de vigencia y, por tanto, no era posible iniciar una acción de reclamación frente al Estado.*

«La base de que ha partido la actora para deducir la pretensión objeto del proceso que nos ocupa, como consecuencia, a su vez, de la reclamación formulada en vía administrativa, dirigida por la misma a la Presidencia del Gobierno, quien la remitió al Ministerio de Justicia, autor del acto administrativo de que se trata, la constituye el hecho de que haya estado sometida a prisión preventiva, durante dos años aproximadamente, desde enero de 1978 a igual mes de 1980, como consecuencia de haber sido inculpada en causa criminal, y procesada, por el incendio, con víctimas, de la sala de fiestas "Scala", de Barcelona, y después haber obtenido —ella sola, según afirma— el sobreseimiento provisional de dicha causa (el subrayado es nuestro).

Partiendo de estos antecedentes, configuradores del supuesto de hecho en cuestión, la accionante formula su reclamación indemnizatoria invocando el precepto innovador contenido en el artículo 121 de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978, que, como es sabido, extiende la responsabilidad patrimonial del Estado, de la contraída por el llamado poder ejecutivo o administrativo e introducida en los términos objetivos modernos por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 121) y por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pero en su condición de Juez, esto es, a través de sus órganos jurisdiccionales.

La gran innovación que representa esta nueva brecha en la fortaleza del poder del Estado, inmune hasta hace bien poco tiempo a la idea de responsabilidad, y simbolizado todo ello en la inmunidad de la Corona, como representación de la soberanía del Estado, ha venido impulsada por las corrientes modernas administrativas empeñadas en traer a nuestro campo —el administrativo— lo que en principio sólo se concibió como una defensa del ciudadano en el plano teórico y político; impulso que llegó nada menos que a configurar la fórmula de la responsabilidad del Estado como legislador, aceptada por una Institución que tanto tiene que ver con la modernización del Derecho Administrativo, como es el Consejo de Estado francés, que la hizo suya en su *Arrêt* de 21 de enero de 1944.

*Si se ha llegado a responsabilizar al poder legislativo de sus actuaciones, a pesar de haber sido calificado de poder soberano, por estar integrado por representantes del pueblo, titular de la soberanía nacional en los modernos Estados de Derecho (art. 1.2 de la Constitución española), ni que decir tiene que con más fundamento queda justificada la responsabilidad del Estado, en lo referente a las actuaciones del poder judicial, integrado por jueces y magistrados, cuya legitimidad no proviene de ese mismo derecho de representación, sino de la legalidad de sus nombramientos, basados en la superación de pruebas selectivas, en las que prima la titulación universitaria y el resultado de tales pruebas, esto es, el grado de sus conocimientos técnico-jurídicos.*

*Ahora bien, este razonamiento no debe significar una interpretación extensiva de este nuevo principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, porque no se debe olvidar, en esto como en todo, el imperativo de la naturaleza de las cosas, que, en el supuesto que nos ocupa, mejor dicho, en la materia que nos ocupa, se refleja en el hecho de que en cada proceso sale una parte considerándose defraudada, en sus legítimas o infundadas pretensiones, o en sus opciones, circunstancia que creemos puede convertirse en determinante de actitudes proclives a la utilización de pretensiones como la que nos ocupa, de forma masiva y en cascada.*

Sin embargo, lo más contrario a nuestra verdadera intención es que nuestras palabras fueran entendidas como un prejuicio y como una aversión hacia la institución de que se trata, pues, lejos de ello, la consideramos totalmente necesaria, sin más que lamentar que el retraso con que se ha producido. Es necesaria porque responde a principios éticos fundamentales y porque la ética, y no el puro tecnicismo, es, como ha dicho un ilustre jurista, el alma del Derecho, y la que más puede contribuir a que sus intérpretes se sientan orgullosos de la misión que se les tiene encomendada.

Hay que compaginar, no obstante, las aparentes contradicciones que pudieran verse entre las afirmaciones sentadas en los dos últimos fundamentos, en el sentido de superar las mismas a través del rigor, en el manejo de la institución que nos ocupa, porque tan pernicioso sería la apertura indiscriminada de pretensiones de este tipo, bajo el influjo de un mal entendido progresismo jurídico, como, al contrario, montar una doctrina jurisprudencial que viniera en la práctica a convertir en inocuo y estéril el principio en cuestión.

Este sentido del rigor es el que desaconseja en este caso, y en estos momentos, el seguir la dirección marcada por el Tribunal *a quo* y resolver el fondo del asunto, como se ha hecho en la sentencia por el mismo dictada,

confirmándola o revocándola; y no sólo lo desaconseja, sino que lo impone, puesto que en este caso existe una imposibilidad jurídica impeditiva de la aplicación del principio de economía procesal, tan conveniente en la práctica para todos, pero supeditado, como es lógico, a que se cuente con los elementos mínimos necesarios, que en este supuesto no se dan, al faltar la premisa mayor del silogismo judicial, ya que cuando los hechos ocurrieron, cuando la reclamación fue resuelta en vía administrativa y cuando fue enjuiciada por la Sala de la Nacional, sólo se contaba con el citado artículo 121 de la Constitución, esto es, con una norma limitada a establecer el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado "por el funcionamiento de la Administración de Justicia", pero sin precisar en qué supuestos, ni cómo y de qué manera las reclamaciones podrán ser formuladas en términos hábiles. Se trata, pues, de una norma que, independientemente de su rango normativo, es una norma incompleta, necesitada de desarrollo, sin el cual su vigencia es imposible; desarrollo que ha tenido lugar con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, al que dedica el Título V del Libro III.

Al tratarse de una norma no vigente, ello implica la imposibilidad de que produzca efectos derogatorios del régimen jurídico hasta ahora aplicado, en el que, como es sabido, el Estado no estaba legitimado pasivamente para soportar este tipo de reclamaciones, recayendo la misma en los funcionarios judiciales actuantes en cada caso concreto, a los que había que dirigirse por el procedimiento pertinente y ante los competentes órganos jurisdiccionales.» (Sentencia de 5 de febrero de 1986, Sala 4.º, Ar. 1230.)

Joaquín TORNOS MAS  
Tomás FONT I LLOVET