

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Ley. Supletoriedad de la ley estatal con relación al ordenamiento autonómico.* B) *Reglamento. Confirmación de la doctrina jurisprudencial en relación a que la falta de dictamen del Consejo de Estado no provoca la nulidad del reglamento ejecutivo.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Motivación. Falta de motivación y vulneración del artículo 24 de la Constitución.* B) *Ejecutividad. Recurso de revisión. Conformidad con la Constitución de la suspensión cautelar del ejercicio de funciones públicas y de la ejecutividad de los actos.*—III. CONTRATOS: A) *Interés de demora. Administración local.* B) *Nulidad.* C) *Incumplimiento.*—IV. DOMINIO PÚBLICO: *Concesión demanial. Nulidad de cláusula concesional.*—V. BIENES PATRIMONIALES: *Cesión. El incumplimiento de concesiones no provoca de forma automática la reversión de los bienes.*—VI. MINAS: *Competencia municipal para otorgar la licencia destinada a verificar la incidencia en el medio ambiente.*—VII. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: *Dictamen del Consejo de Estado. La sujeción de las Comunidades Autónomas al dictamen del Consejo de Estado debe ser voluntaria.*—VIII. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía Local: 1. Aprobación definitiva de planes. No lesiona la autonomía municipal. 2. Las amplias facultades de la Administración superior en aprobación definitiva de planes urbanísticos no lesiona la autonomía municipal.* B) *Impugnación de acuerdos. La impugnación de acuerdos locales en virtud de los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de 1985 debe seguir el procedimiento contencioso ordinario.*—IX. ORGANIZACIÓN: A) *Consejo de Estado. Configuración constitucional del Consejo de Estado como órgano consultivo del gobierno de España y no de las Comunidades Autónomas.* B) *Federaciones deportivas. Alcance de su potestad estatutaria.*—X. FARMACIAS: *Interpretación del concepto núcleo de población a partir del principio «pro apertura».*—XI. CAJAS DE AHORRO: *Significado de la representación del Ayuntamiento en las entidades de ahorro municipales.*—XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Reversión del subsuelo.*—XIII. LIBERTADES: A) *Principio de igualdad ante la ley. No viola el artículo 14 de la CE el artículo 20.2 de la LOLE.* B) *Asociación. El cierre y precinto total del local de una asociación, como medida cautelar, al existir pruebas de que se realizaba en él de forma ilícita actividad de juego, supone violar el derecho de asociación.* C) *Libertad sindical. Doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la concesión de subvenciones públicas a los sindicatos más representativos.*—XIV. SANCIONES: A) *Prescripción: 1. En todo caso, a falta de ley expresa en sentido diverso, las infracciones administrativas prescriben a los dos meses. 2. Se rechaza la aplicación generalizada del plazo de dos meses para la prescripción de infracciones administrativas.* B) *Relación especial de sujeción: 1. Reserva de Ley. 2. Relativización de los Principios Generales de Derecho sancionador.* C) *Máquinas recreativas.*—XV. URBANISMO: A) *Planeamiento: 1. Las amplias facultades de la Administración superior en la aprobación definitiva de planes municipales no lesionan la autonomía municipal. 2. Concurso de ideas.* B) *Gestión: 1. Sistema de compensación. En sentencia de revisión se confirma la doctrina acerca de la contribución proporcional del Ayuntamiento a los gastos de urbanización como titular del 10 por 100 del aprovechamiento medio. 2. Junta de Compensación. Naturaleza.* C) *Licencias: 1. De primer establecimiento. 2. Concurrente. La existencia de una competencia exclusiva estatal en materia de aeropuertos de interés nacional no excluye la competencia municipal para otorgar las licencias de apertura de los locales de negocio del aeropuerto.*—XVI. RECURSO DE REPOSICIÓN: *Se mantiene la exigencia del re-*

curso de reposición previo a la impugnación directa de disposiciones de carácter general que no requieren acto de sujeción individual.—XVII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) Sentencia. Advertencia del Tribunal Supremo a la Administración sobre el alcance de la obligación constitucional de cumplir las sentencias. B) Procedimiento especial del artículo 118 de la LJCA. C) Ley de 26 de diciembre de 1978.—XVIII. RESPONSABILIDAD: A) Alcance: 1. La responsabilidad de la Administración debe cubrir tan sólo responsabilidades no cubiertas por ordenamientos sectoriales. 2. Daños causados por las irregularidades habidas en la ejecución de un acto de liquidación tributaria que posteriormente es declarado nulo. B) Requisitos. Funcionamiento anormal del servicio: Falta de prevención para evitar quemaduras a una participante en la fiesta de «dragones» organizada por un Ayuntamiento. C) Nexo causal. Culpa «in vigilando». D) Cláusula concesional de exoneración.

I. FUENTES

A) Ley. Supletoriedad de la ley estatal con relación al ordenamiento autonómico. Criterios para aplicar la ley estatal.

«El Título VIII de la Constitución prefiguraba un nuevo reparto territorial del poder. Una vez producido su complemento indispensable, integrado por los Estatutos de Autonomía —de "convención constitucional" se les ha calificado—, vino a actualizarse la potencialidad autonómica prevista en la Constitución.

Con todo ello, nuestro sistema jurídico aparece integrado por una pluralidad de ordenamientos que ante todo están en una relación de separación basada en el principio de la competencia. Pero sobre la base de esta separación, ha de subrayarse que el punto de partida de dichos ordenamientos es una cúspide común —la Constitución, arts. 9.1 y 147— y que el sistema se cierra, en lo que ahora importa, con una cláusula final también común representada por la supletencia general del Derecho estatal: éste "será en todo caso supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas" —art. 149.3, inciso final, de la Constitución—.

Así las cosas, será de indicar que aunque el artículo 9.10 del Estatuto catalán atribuye a la Generalidad una competencia legislativa en materia de espacios naturales protegidos —Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 69 y 82/1982, de 23 de noviembre y 21 de diciembre—, resulta evidente que en virtud de la supletoriedad del Derecho estatal, en tanto la Generalidad no hubiera dictado una normativa específica, resultaría plenamente aplicable en Cataluña la Ley 15/1975, de Espacios Naturales Protegidos, con su Reglamento —RD 2676/1977—.

En esta línea, será de precisar que si hoy ya la Generalidad ha actuado su competencia legislativa en esta materia —Ley 12/1985, de 13 de junio, de Espacios Naturales Protegidos—, en el momento de dictar el Decreto aquí impugnado no era así, lo que implica que el supuesto litigioso ha de ser enjuiciado a la luz de la legislación estatal —independientemente de que la aplicación de la Ley catalana (art. 27.2) habría de conducir al mismo resultado que se va a indicar—.

La supletoriedad declarada por el artículo 149.3 de la Constitución puede plantear problemas de adaptación: la legislación estatal estará pensada para su organización administrativa, lo que impedirá una aplicación automática a las Comunidades Autónomas. Importa subrayar, pues, que dicha supletoriedad exigirá normalmente una "traducción" que tenga en cuenta las peculiaridades de la Administración autonómica, tratando de establecer equivalencias o semejanzas organizativas.

Más concretamente, será de señalar que cuando la declaración del espacio

protegido corresponde al Parlamento, el procedimiento previsto en los artículos 8.º de la Ley 15/75 y 10 de su Reglamento sufrirá importantes alteraciones —prácticamente una sustitución— por la necesidad de seguir el trámite propio de la elaboración de anteproyectos o proyectos legislativos. Pero cuando, como ocurre en el supuesto de estos autos, aquella declaración corresponde a la Administración, la vinculación al procedimiento regulado en aquellos preceptos ha de ser mucho más rigurosa, sin perjuicio de la adaptación.» (Sentencia de 23 de noviembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9298.)

- B) *Reglamento. Confirma la doctrina jurisprudencial de que la falta de Dictamen del Consejo de Estado no provoca la nulidad radical del Reglamento ejecutivo.*

«La Sentencia de esta misma Sala de 2 de junio de 1987 sintetiza la doctrina jurisprudencial acerca del alcance de los defectos formales de los Reglamentos en vía procesal de impugnación indirecta, apreciando que *el Reglamento ejecutivo se perfecciona jurídicamente aunque el informe del Consejo de Estado se haya omitido; que el artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo regula el ejercicio de una concreta potestad administrativa: la de convalidar los vicios de los actos con la limitación de quedar insubsanado el defecto de emisión del informe preceptivo; que la falta de informe del Consejo de Estado, inviable como defecto invalidante en la vía indirecta de impugnación, no impide a la Jurisdicción contenciosa ejecutar posteriormente un control de la legalidad de la norma reglamentaria ya perfeccionada. Y si en la Jurisdicción no se aprecia contradicción entre el desarrollo reglamentario y el ordenamiento jurídico de rango superior, el órgano jurisdiccional actuante no puede razonablemente dejar inaplicado el Reglamento.*» (Sentencia de 15 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9496.)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

- A) *Motivación. El acta de inmovilización y precinto de una partida de alimentos adoptada sin ningún tipo de motivación produce indefensión y dificulta el control judicial, por lo que vulnera el artículo 24 de la Constitución.*

«Con respecto a la falta de motivación que la recurrente imputa a las actas impugnadas y que, a su juicio, le ocasionan indefensión jurídica y contravienen el principio de presunción de inocencia, con la consecuente violación del artículo 24 de la Constitución, debe significarse que el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 26 de noviembre de 1984 (R. T. Const. 108), ha declarado que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares —aunque éstas se acuerden en el marco de un proceso penal y afecten a la libertad personal o supongan una restricción a la libre disposición de los bienes— siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. La medida cautelar que aquí se examina es ciertamente restrictiva de los derechos de la recurrente, en cuanto que supone la inmovilización y precinto de una determinada partida de productos por ella fabricados, con la "prohibición de manipulación, traslado o disposición en cualquier forma hasta tanto se decrete el levantamiento de la intervención o el decomiso definitivo por la autoridad competente", por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley

de Procedimiento, debería haberse razonado su adopción, mientras que el acta que acuerda omite toda referencia a hechos, motivos o preceptos legales que la amparen. A los efectos que aquí se consideran —presunta violación del artículo 24 de la Constitución—, tal injerencia en el patrimonio de un administrado, sin ninguna explicación fáctica o jurídica del porqué de la medida, la sitúa en indefensión y dificulta notablemente el control jurisdiccional para discernir acerca del juicio de razonabilidad en que debe fundarse aquélla, sin que a ello obste la argumentación que emplea la representación del Estado en el sentido de que si la empresa no hizo constar en el acta su ignorancia sobre el motivo de la inmovilización es porque lo conocía de sobra, ya que ello supondría trasladar al particular las consecuencias del incumplimiento de un deber específico de la Administración. Por otra parte, la adopción de esta medida cautelar, como cualquier otra, no se concibe si no es en el marco de un procedimiento principal. En este sentido, el artículo 14.3 del Real Decreto 1945/83 señala que "en los supuestos en que sea previsible el decomiso de la mercancía como sanción accesoria, podrá la Administración proceder cautelarmente a la intervención de la misma", y es lo cierto que en el expediente administrativo remitido a la Sala, dos meses después del levantamiento de las actas impugnadas, no hay constancia de la incoación de ningún expediente sancionador contra la recurrente, ni siquiera en la fecha de la vista, otros tres meses más tarde, según manifestó expresamente en dicho acto el letrado de la actora. Procede, por tanto, la estimación del presente recurso en el concreto punto que se examina en este fundamento, sin efectuar declaración sobre las costas al no aceptarse todas sus pretensiones y no concurrir temeridad o mala fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley reguladora de este proceso en relación con el 131 de la Ley jurisdiccional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Aceptando los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada.

Por el señor Letrado del Estado se recurre en apelación contra la Sentencia dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, con fecha 16 de octubre de 1987, en el recurso número 477 del año 1987, interpuesto, al amparo de las normas de procedimiento reguladas por la Ley 62/78, por la Entidad mercantil "L. del V., S. A." contra los actos administrativos de la Delegación Provincial del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de Barcelona, por los cuales los Inspectores de Calidad adscritos a su servicio levantaron dos Actas el día 13 de abril de 1987 a la Sociedad recurrente, en virtud de las que se procedió a la inmovilización cautelar de trece cajas de doce estuches de cien pastillas de mantequilla, de las características que se reseñan en dichas Actas, en las que se hace constar, respecto de la mercancía intervenida, la prohibición de manipulación, traslado o disposición de cualquier forma, hasta tanto se decrete el levantamiento de la intervención o el decomiso definitivo de la misma por la Autoridad competente.

La Sentencia apelada, siguiendo la doctrina establecida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, si bien reconoce la compatibilidad de la presunción de inocencia consagrada en el número 2 del artículo 24 de la Constitución, con la adopción de medidas cautelares —en el caso que contempla la Sentencia cuya apelación nos ocupa, la inmovilización de determinada mercancía—, la procedencia de tal medida, indudablemente restrictiva de los derechos subjetivos de los administrados, requiere se motive, motivación que en su caso servirá para determinar si la misma es, o no, procedente y proporcionada con el fin que con ella se persigue, su falta de motivación dificulta, por no decir imposibilita, el control jurisdiccional de la racionalidad y proporcionalidad de la medida adoptada, situando al sujeto pasivo de la misma en una clara indefensión, al no darle

razón del proceso lógico y jurídico que determina y garantiza su adopción, indefensión con la que se infringe y lesiona el derecho a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.» (*Sentencia de 9 de febrero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 1291.*)

- B) *Ejecutividad. Recurso extraordinario de revisión. Ni la suspensión provisional del ejercicio de funciones públicas dentro de un expediente sancionador ni la ejecutividad inmediata de la sanción son potestades contrarias a la Constitución.*

«Hay que precisar determinados extremos en orden a la condición de ejecutivos de los actos sancionadores disciplinarios y a las medidas preventivas de suspensión. La última doctrina, tanto del Tribunal Constitucional —Sentencia de 7 de julio de 1987— como del Tribunal Supremo —Sentencia de 16 de marzo de 1987—, tras analizar la jurisprudencia anterior, ha llegado a la conclusión de que ni la suspensión provisional ni la ejecución de las sanciones disciplinarias vulneran el artículo 24 de la Constitución, ya que el principio de ejecutividad de los actos administrativos no ha desaparecido, sino que se contiene dentro del principio de eficacia del artículo 103 de la Constitución porque salvaguarda los intereses generales, que son bienes constitucionalmente protegidos y que la tutela judicial efectiva del artículo 24 no impone en tal caso la suspensión de la ejecutividad, sino que se garantiza permitiendo el control judicial de la medida, puesto que no cabe en la contraposición del interés público y del privado acentuar uno más que el otro, de modo que salvo que la Ley elimine la ejecutividad, tal carácter de los actos administrativos no ha desaparecido en un Estado democrático, que de lo contrario no podría dar cumplimiento a su facultad promotora de la realidad en su actuación, según el artículo 9.2 de la Constitución.» (*Sentencia de 28 de enero de 1988, Sala revisión, Ar. 160.*)

III. CONTRATOS

- A) *Intereses de demora. Contratación local. Se impone el principio de igualdad entre el interés fijado para la Administración estatal y la local.*

«Como con lo expuesto queda suficientemente razonado la procedencia del devengo de intereses de demora, sólo queda por resolver la segunda cuestión planteada en esta litis, que, como ya hemos dicho, se contrae al tanto por ciento aplicable para el cómputo de los mismos.

Aunque en este tema no ha habido unanimidad jurisprudencial, siendo muchas las Sentencias que se han inclinado por la solución del artículo 94 del citado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, esto es, por el tipo del 4 por 100, no obstante, *la Sala ha llegado a la consideración de que es hora de restablecer una solución armónica entre el sector público estatal y local, ya que, en conclusión, quien sufre las consecuencias de un trato ostensiblemente discriminatorio es el administrado, en su posición de contratante, al que debe proteger el principio de igualdad, sin que la materia que nos ocupa justifique, en ningún sentido, un apartamiento de este principio.*

Dicho esto, bueno será recordar que *la fijación de ese tipo del 4 por 100 en el citado artículo 94 respondía no a una solución especial para la contratación local, sino a que en la fecha de promulgación del referido Reglamento —en 1953— era el interés legal, de acuerdo con lo establecido en el reformado artículo 1108 del Código Civil. Igualmente será útil constatar que a este tipo del 4 por 100 se había llegado tras de un proceso involutivo, ya que en*

el texto primero de dicho Código el interés legal venía fijado en el 6 por 100, reduciéndose al 5 en la Ley de 2 de agosto de 1899 y al 4 en la de 7 de octubre de 1939.

Es notorio que la marcha de la economía mundial, y en particular la de España, había roto esa línea a la baja en la fijación del interés del dinero, produciéndose en las últimas décadas una inflexión en opuesto sentido, lo que originó la promulgación de la Ley de 29 de junio de 1984, elevando el interés legal al tipo básico del Banco de España, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro distinto; tipo básico fijado en el 8 por 100 anual por Orden de 23 de julio de 1977.

Resultando curioso observar que en la Exposición de Motivos de esta Ley de 1984 se manifiesta que "la permanencia del 4 por 100 como tipo del interés legal del dinero resulta por tanto obsoleta respecto a la realidad social, discriminatoria frente a la que rige para los derechos y obligaciones de la Hacienda Pública y favorecedora de todo tipo de incumplimientos hasta el momento en que por recaer resolución jurisdiccional condenatoria entre en juego el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Artículo éste introducido por la Ley 77/1980, de 26 de diciembre.

Señalemos también que la Orden citada de 23 de julio de 1977 se dictó a consecuencia de la Ley General Presupuestaria 11/1977, de 4 de enero, que en su artículo 36.2 ordenaba que "el interés de demora se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España...", lo que, por cierto, ya se había anticipado en el Decreto-ley de 27 de noviembre de 1974, de Ordenación Económica, cuyo artículo 15.1 reformaba el artículo 38.2.b) de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en el sentido de que *el interés de demora será el básico del Banco de España...*

Por último, mantener el tipo del 4 por 100 del tan repetido artículo 94 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales no sólo representaría la perpetuación de una norma obsoleta, contraria a la realidad social de los tiempos actuales, a que se refiere el artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil, favorecedora de incumplimientos en el pago por parte de estas Corporaciones y discriminatoria para los contratistas, según se relacionen con la Administración estatal o local, sino incumplidora del mandato formulado en la Disposición Final 2.ª de la citada Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, ya que en ella se dispone que "en el texto articulado de la Ley de Bases del Estatuto del Régimen Local se incluirán aquellas normas que resulten consecuentes al principio de coordinación que debe existir entre la Hacienda del Estado y las de las Corporaciones Locales, en cuanto integrantes todas ellas del sector público".» (Sentencia de 1 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9341.)

B) Nulidad. Nulidad del Negocio jurídico entre un Ayuntamiento y un particular por el que aquél compromete el ejercicio de sus potestades públicas de consideración tributaria y de control urbanístico a cambio de la cesión de una parcela.

«Se ha impugnado en este proceso por un Concejal, portavoz de un grupo de Concejales de un determinado partido político, el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Santander por el que llegó a aceptar el ofrecimiento de un particular, en nombre propio y de sus hermanos, de cesión a dicha Corporación de una parcela (parcela A) a cambio del pago de 30 millones de pesetas por las edificaciones en ella existentes, más la condonación del Arbitrio de Plus Valía que pesa sobre ella con motivo del fallecimiento del padre de los mismos, y cualquiera otro impuesto o contribución, más el otorgamiento de un volumen de edificabilidad de 4'/m² en las otras dos parcelas —la B y C— previo proyecto y petición de licencia.

Basta repasar la sumaria exposición de los principales términos del acuerdo referido —de fecha 17 de septiembre de 1982— para comprobar que si, en

determinados aspectos, lo redujéramos, por abstracción, a una visión de Derecho Privado, podría llegarse a su anulación, en cuanto cualquiera de las partes lo pretendiera; con doble motivo, el acuerdo de que se trata, aun contando con la coincidencia de oferta y aceptación, es nulo por adolecer de múltiples vicios que impiden su validez y eficacia.

En efecto, en Derecho Privado, si se trata de un negocio de compraventa, hace falta que a la entrega de una cosa se corresponda con el pago de un precio cierto, en dinero o signo que le represente (art. 1445 del Código Civil); y si se trata de una permuta es preciso que entre los contratantes se intercambien una cosa determinada por otra cosa igualmente determinada (artículo 1538 del mismo Código). Nada de lo cual concurre en el supuesto de autos.

Lo expuesto lo ha sido, sin embargo, a efectos puramente dialécticos, puesto que en el acuerdo que nos ocupa se ponen en juego algo más importante que cosas y dinero, como bienes en tráfico de un patrimonio privado a otro, sino que, *de forma totalmente anticipada e indeterminada, el Ente público Ayuntamiento inserta en un negocio jurídico con unos particulares lo que es consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, como es la condonación de tributos, sin ni siquiera conocer su cuantía; comprometiéndose al mismo tiempo a admitir un determinado volumen de edificabilidad en las parcelas B y C, en zona de Bloques, cuando la parcela A recibida por la Corporación tiene la calificación de parque público; hipotecando sus facultades de previo control de este y otros datos, como requisito inexcusable para que la licencia que, en su caso, se conceda no esté en contradicción con la normativa y la planificación urbanística.* En definitiva, en este supuesto se han negociado prerrogativas irrenunciables antes de concretarlas y determinar sus resultados a través de los procedimientos legales correspondientes, como son los a seguir en la liquidación de tributos y en el otorgamiento de licencias de edificación.

Por todo lo expuesto procede declarar la nulidad del referido acuerdo municipal, como ya ha hecho el Tribunal *a quo*, cuya Sentencia confirmamos, por conforme a derecho, con aceptación de su fundamentación jurídica en lo esencial y desestimación de la presente apelación. Sin que existan motivos bastantes para una especial imposición de costas.» (Sentencia de 24 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1396.)

- C) *Incumplimiento. Paralización de la obra por incumplimiento de la obligación de la Administración de tener libre la disponibilidad del terreno, en el que existe una estación transformadora propiedad de una entidad privada. Deber de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios sufridos.*

«Es palmario que el presente no fue un caso de paralización de obras provocada por una decisión de la Administración, y por tanto ni eran ni son directamente aplicables los indicados artículos 148 y 162 del Reglamento General de Contratación, que, sin la debida propiedad, invocaba la ahora demandante el 10 de mayo de 1979 en su reclamación ante la Administración, y cuya aplicación le fue después controvertida por la Asesoría Jurídica del INV y por la Comisión Permanente del Consejo de Estado. De lo que aquí se trataba era de la suspensión forzosa de las obras de construcción de dichos bloques por la imposibilidad física de comenzarlos dada la existencia de la repetida central de transformación en el lugar en el que había que edificarlos. Y es con esta base de partida como se debe enjuiciar la cuestión, examinando, en el ámbito de la contratación, quién fue el responsable de la paralización de la obra y de los perjuicios que derivaron de ella.

Es manifiestamente claro que la tenencia de la libre disponibilidad del terreno, a fin de que la obra pudiera ejecutarse sin impedimentos ni trabas, era de la exclusiva incumbencia de la Administración, por así resultar tanto

del contrato como de los artículos 84 y 127 del Reglamento General de Contratación de 1967 (al igual que de los artículos 81 y 127 del Reglamento posterior de 25 de noviembre de 1975), en los cuales se impone a la Administración el deber ineludible de tener a la plena, libre y real posesión y disposición los terrenos para la normal ejecución de la obra. En el caso actual, si bien en el replanteo previo levantado por la Administración el 30 de julio de 1975, la misma hizo constar que no existían servidumbres ni cualquier otro impedimento para la ejecución de la obra, y justamente por eso la propia Administración pudo continuar el expediente de contratación que terminó en la escritura de 2 de diciembre de 1975 (previa la licitación y la adjudicación), sin embargo, once días después, y cuando se comprueba el replanteo previo, estando ahora ya presente la adjudicataria, se constata la existencia del transformador y se indica que el mismo no había de afectar a la viabilidad de la obra porque, como aclara después el acta de replanteo definitivo de 3 de marzo de 1976, se estaban haciendo gestiones cerca de FENOSA para que lo trasladara; mas lo cierto es que no lo hizo, y que la contratista llegó al lugar en el que había de situar estos bloques, tras la construcción plenamente satisfactoria de todos los demás, y se encontró con que la Administración no había cumplido con su ineludible deber contractual, legal y lógico de tener libre el terreno para poderlos construir, dando ello lugar a la obligada paralización total de la obra de estos bloques por imposibilidad física de realizarlos; y ello, a su vez, dio lugar a los daños y perjuicios que la constructora reclama por los distintos conceptos que incluye en su reclamación (despido de obreros, gastos generales de obra, retirada de maquinaria y materiales, etc.), cuya cuantía de 14.442.701 pesetas comprobaron y encontraron totalmente conforme tanto el Arquitecto-Director de las obras como todos los técnicos de la Administración, según vimos con antelación.

El patente incumplimiento de la Administración de su deber ineludible de tener a la libre disposición de la constructora la parte de terreno en cuestión para que la misma pudiera llevar a cabo la obra no puede, evidentemente, trasladarse a FENOSA, extraña por completo a esta contratación, ni existió, por tanto, fuerza mayor alguna, sino manifiesta responsabilidad de la Administración, que ya no debió ni pudo contratar la obra con este impedimento (expresados artículos 84 del Reglamento de 1967 y 81 del de 1975), y si lo hizo a pesar de ello, creyendo que ya habría conseguido el traslado cuando llegase allí la obra, y no ocurrió así, suyo fue el riesgo y, en consecuencia, suya la responsabilidad contraída por ello; debiendo también por esto asumir ahora los daños y perjuicios producidos a la constructora con su actuación; y esto es así no sólo por imperativo del principio general de responsabilidad de la Administración pública establecido en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico y 121 de la de Expropiación Forzosa, sino también, y dentro ya del específico campo de la contratación administrativa, por aplicación del apartado 2 del artículo 53 de la Ley de Contratos del Estado y 158.1 del Reglamento para su ejecución; pudiendo también incluso aplicarse, por la vía analógica autorizada en el artículo 4.1 del Código Civil, los artículos 49 de la misma Ley de Contratos del Estado y 148 de su Reglamento, por haberse producido una suspensión de hecho con mucho superior a seis meses, todo ello de acuerdo con lo que declaramos en nuestras Sentencias de 12 de mayo de 1981 y 4 de junio de 1982, y la Sala 3.ª en la suya de 8 de febrero de 1983, certeramente aducidas por la demandante.» (Sentencia de 12 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1132.)

IV. DOMINIO PÚBLICO

Concesión demanial. Es nula e ineficaz la cláusula concesional por la que el concesionario exonera a la Administración concedente de toda responsabilidad por daños que ésta pueda causar a aquél, por impedir el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

«Para resolver adecuadamente sobre la pretensión indemnizatoria deducida en la instancia por la entidad A., S. A., derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración contraída al colisionar el ganguil Ciérvana, propiedad y al servicio de la Junta del Puerto y Ría de Bilbao, contra la casetta de bombas de aspiración de la empresa recurrente, resulta innecesario pronunciarse sobre la controvertida interpretación que deba merecer el artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

En cuanto a la eficacia vinculante de la cláusula de exoneración incorporada a la concesión demanial suscrita entre las partes en 15 de noviembre de 1951, en virtud de la cual A., S. A., no podría reclamar a la Junta cuando se originase un accidente, dada la aportación fragmentaria de esta cláusula, que apreciada aisladamente y fuera de su natural contexto no permite valorar su verdadero alcance ni la motivación que pudiera justificarla, ni siquiera en concepto de simple adhesión, resulta obligado rechazarla, no sólo por oponerse frontalmente a un bloque de legalidad que, incluso preconstitucional, consagraba el principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 133 del Reglamento y artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino porque si bien es admisible renunciar a una indemnización concreta por alguna razón particular, resulta impensable la renuncia global e indiscriminada al mismo derecho a reclamar siempre y en todo caso, irrenunciabilidad que arguye la procedencia de neutralizar una cláusula de este signo, privándola de valor y efecto y considerándola como no puesta, al impedir precisamente el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.» (Sentencia de 30 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 1744.)

V. BIENES PATRIMONIALES

Cesión. Incumplimiento de condiciones. No provoca de forma automática la reversión de los bienes. Si el incumplimiento no es imputable al cesionario podrá mantenerse la cesión.

«Reconoce el apelante que si el Arzobispo cesionario de los terrenos no cumplió el requisito de mantenerlos al destino pactado durante los treinta años fue exclusivamente porque éste resultaba imposible conforme a la nueva Ordenación urbanística y que, por consiguiente, el incumplimiento no era voluntario, y, dado este reconocimiento, resulta improcedente la insistencia de dicha parte en que el Ayuntamiento cedente debió acordar la reversión de los bienes, porque, a su juicio, era ésta la única solución posible según el artículo 97 del Reglamento citado en los "Vistos", que no distingue entre el voluntario y el involuntario, en cuyo sentido estima que la Sentencia apelada no debió confirmar el acto impugnado con fundamento en la concurrencia de un caso de fuerza mayor.

Aunque el referido artículo no haga tal distinción, ello no excluye que, en toda relación jurídica —administrativa o no—, precise averiguar cuál sea la causa determinante de que sus prestaciones no se cumplan, a fin de aplicar a aquélla la solución que al caso convenga, por la elemental y lógica circunstancia de que nadie está obligado a hacer lo que le es imposible, ya se tenga

certeza de esta imposibilidad al tiempo de contratar —en cuyo caso, por imperativo legal, la condición imposible se considera no puesta—, ya sobrevenga durante la vida del contrato, pero siempre antes de que la obligación, condicionada o no, se cumpla, y, en este sentido, ninguna incorrección jurídica puede atribuirse a la Sentencia recurrida por el hecho de que llegara a la conclusión de que, *por una u otra modalidad* —fuerza mayor o condición imposible—, *el incumplimiento de aquel requisito, pactado y reglamentariamente previsto, no podía conducir a la reversión de los terrenos cedidos.*

Efectivamente, tanto porque este motivo de exoneración se entiende, al menos, implícitamente previsto en toda normativa rectora de la contratación en general como porque lo exige el principio de equidad que, en último lugar, invoca la Sentencia impugnada, el único problema que había y hay que resolver radica en si esa nueva Ordenación urbanística podía constituir un supuesto de fuerza mayor, y, al respecto, no es aplicable al caso la de este Tribunal de 15 de febrero de 1985, que el apelante invoca, porque si bien es verdad que alude a la "independencia de que sea o no imputable al cesionario el incumplimiento del fin de la cesión", se estaba refiriendo —según su contexto obliga a entender— a que si había lugar a la reversión de los bienes cedidos "con sus pertenencias y accesiones", se excluye toda indemnización compensatoria, cuya obtención concreta era lo que en el proceso se pretendía, que es lo que explica que aquélla entendiera que esto era así "siempre que el Ayuntamiento cedente no haya provocado, intervenido o coadyuvado de alguna forma a dicho incumplimiento".

Hay que estar, por el contrario, a lo declarado por otras Sentencias de esta Sala, entre ellas la de 28 de junio de 1980 —que incomprensiblemente invoca el apelante—, a tenor de la cual *la reversión, "como tiene declarado reiteradamente este Tribunal, requiere una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o un hecho obstativo que, de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento", requisito aquél que aquí no concurre porque, como con reiteración reconoce dicha parte, el Arzobispo cumplió desde el primer momento la obligación contraída, aunque no en los últimos años, por lo que no es congruente afirmar que, a todos los efectos, es indiferente que el incumplimiento sea voluntario o no, y habida cuenta de que si concurría un hecho obstativo impediendo de la satisfacción total de la prestación, que se constituía por la modificación del planeamiento urbanístico, el mismo resultaba insuperable por los contratantes, por no ser "interno, intrínseco o insito" respecto del convenio, que es lo que la Sentencia de 28 de junio de 1983 exige para que pueda apreciarse la causa de fuerza mayor, como el Tribunal "a quo" acertadamente estimaba, dado que ésta consiste, según las de 23 de octubre de 1969, 9 de junio de 1976 y 24 de diciembre de 1985 —recaídas, por cierto, en supuestos contemplados por el referido artículo—, en un "suceso que está fuera del círculo de actuación obligado que no hubiera podido preverse o que, previsto, fuera inevitable", lo que supone la total extraneidad del acontecimiento en relación con la parte obligada, como también requieren las de 12 de marzo de 1956, 19 de mayo de 1960 y 11 de diciembre de 1978, todo lo cual determina que la pretensión de apelación sea desestimada.» (Sentencia de 28 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9848.)*

VI. MINAS

Competencia municipal.

La concesión administrativa para extracción de rocas no exige de la necesidad de obtener licencia municipal destinada a verificar la incidencia en el medio ambiente y en la seguridad de las personas.

«De la prueba documental practicada a instancia del Ayuntamiento de Chilches, se deduce que la Empresa V., S. A., ejerce la actividad de extrac-

ción de roca en los partidos de "Poliola" y "Peña Negra" y que, mediante la inspección realizada por la Comisión Provincial de Calificación de Actividades en Castellón, *se comprobó la existencia de un aumento en la actividad de la referida empresa que requiere la solicitud de la correspondiente licencia.*

La actividad de extracción de roca queda incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Decreto de 30-III-1963, por lo que debe estimarse dicha actividad sometida a licencia municipal, previa solicitud del interesado.

Respecto a la alegación de la parte actora consistente en la prohibición de suspensión del aprovechamiento minero, conforme al artículo 116 de la Ley de Minas de 21-VII-73, esta Sala entiende que dicho precepto debe interpretarse en forma que se haga compatible con la existencia y ejercicio de la competencia municipal destinada, en este caso, a la defensa del medio ambiente y a la protección de las personas, y puesto que el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye a las Corporaciones Locales competencia para intervenir en la actividad de los particulares a través de la concesión de licencia, que esta competencia debe ejercerse conforme a su normativa reguladora, según establece la disposición adicional quinta del Reglamento de Actividades Molestas, Nocivas e Insalubres de 30-XI-61, y que ninguna infracción de la normativa local se detecta en el acto impugnado, procede desestimar el recurso sin hacer un expreso pronunciamiento sobre costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Los de la Sentencia apelada, que sustancialmente se aceptan, y además:

Ninguna de las alegaciones de la apelante ante esta Sala en orden a fundamentar su pretensión de que, con revocación de la Sentencia recurrida, se estimen las que ejerció en la demanda en relación con la resolución de la Alcaldía de Chilches por ella impugnada, pueden ser admitidas por esta Sala, razón por la que se impone la desestimación de su recurso de apelación y la confirmación de dicha Sentencia. En efecto, *el sometimiento a licencia municipal de la actividad de extracción de roca en una cantera, independientemente de que se posea la correspondiente concesión administrativa, es extremo que sin dificultad alguna se desprende de los artículos 1.º, 5.º y 8.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955; 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; 2.º del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, y 3.º de la Instrucción que para la aplicación de este Reglamento aprobó la Orden Ministerial de 15 de marzo de 1963, por tratarse de un supuesto de competencias concurrentes en el que la autoridad municipal, por una parte, y la Administración del ramo de Minas, por otra, actúan en régimen de independencia procedimental y cada una con facultades intervencionistas propias.* Sin que frente a ello quepa argüir válidamente con lo dispuesto en el artículo 142 del Reglamento General para el Régimen de la Minería de 25 de agosto de 1978, reproducción del artículo 116 de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, pues estos preceptos, al igual que los semejantes artículos del Reglamento de 9 de agosto de 1946 y de la Ley de 19 de julio de 1944, como ya dijo la Sentencia de este Tribunal de 11 de julio de 1980 y recuerda la de 4 de junio de 1986, no obstan a las competencias municipales; y muchísimo menos con haberse obtenido la licencia por realización continuada de la actividad con conocimiento del Ayuntamiento y ser ésta base de otras para las que se tiene autorización, ya que *cada licencia es independiente de otra y ninguna puede obtenerse por prescripción, como también se indica en la última de las referidas Sentencias.*» (Sentencia de 1 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 671.)

VII. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Dictamen del Consejo de Estado.

La sujeción de las Comunidades Autónomas al dictamen del Consejo de Estado debe ser voluntaria, pues de lo contrario, y en una interpretación maximalista del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, se atentaría al principio de autonomía.

Vid. IX. ORGANIZACIÓN. A) Consejo de Estado.

VIII. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Autonomía local.*

1. *Aprobación definitiva. No lesiona la autonomía municipal la aprobación definitiva por un ente superior con potestad para modificar el contenido del Plan aprobado provisionalmente.*

«Frente a lo expuesto no cabe argumentar, cual hace el apelante, con el principio de autonomía municipal consagrado en el artículo 140 de la Constitución española, de 27 de diciembre de 1978, y reconocido y reforzado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, puesto que, por una parte, *la autonomía no supone soberanía ni se opone a la existencia de un control sobre los actos del órgano autónomo, siendo perfectamente compatibles la municipal con una tutela o fiscalización por parte del Estado y las Comunidades Autónomas, a las que el artículo 148.1.3.º de la propia Constitución permite asumir competencias en materia de urbanismo, ya que ésta no es por entero atribuible por su esencia a una sola esfera administrativa, al afectar tanto a los Municipios como a las Provincias, Comunidades Autónomas y al Estado, todos los cuales han de necesariamente intervenir a fin de que no se produzcan distorsiones en una ordenación integral del territorio nacional, con la obligada consecuencia de admitirse competencias supramunicipales;* y, por otra parte, la reafirmación de la autonomía municipal en dicha Ley, ya vigente al adoptarse el segundo de los Acuerdos del Ayuntamiento de Colera, no se opone a que en lo relativo a urbanismo existan instancias superiores decisorias, cual de su artículo 25, entre otros, se desprende, al expresarse en el mismo que las competencias de los Municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística se ejercerán en todo caso en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.» (Sentencia de 4 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9355.)

2. *No se ve lesionada por las amplias facultades de la Administración superior en la aprobación definitiva de los Planes de Urbanismo.*

«Por la parte apelante, en su alegación cuarta, que en realidad es la tercera por no existir ninguna bajo esta ordinal, y no obstante haber manifestado anteriormente estar conforme con lo expuesto en los apartados B) y C) del cuarto fundamento de Derecho de la Sentencia recurrida, cuestiona la potestad del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña para controlar por motivos de oportunidad el Plan General

de Ordenación de Tarrasa, al entender que el control de oportunidad sólo podía ejercerlo, en el caso presente, en aquellas determinaciones del Plan que afectasen al ámbito de sus propias competencias: coordinación con la actuación de otras Administraciones territoriales e inserción del modelo territorial propuesto por el Ayuntamiento en el previsto en los instrumentos de planeamiento urbanístico superior (Plan Director Territorial, Plan de Costas, Plan de Carreteras, Parques Naturales, etc.); mas nunca en el ámbito de competencias del Ayuntamiento de Tarrasa, por infringirse con ello el principio de autonomía municipal proclamado por el artículo 140 de la Constitución española. No es admisible esta alegación del apelante, sólo compatible con una equivocada idea de la autonomía, que por no ser soberanía no se opone a la existencia de controles superiores sobre los actos del órgano autónomo, y que hace perfectamente compatibles en materia de urbanismo la autonomía municipal y la fiscalización o tutela de instancias superiores, cada una en orden a gestionar sus respectivos intereses, como indica el artículo 137 de la propia Constitución, sean éstas el Estado o las Comunidades Autónomas, a las que esta misma Ley Fundamental, en su artículo 148.3.º permite asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, naturalmente correspondientes al Estado, ya que el urbanismo no es por esencia atribuible totalmente a una sola esfera administrativa, al afectar a todas, por todas deber necesariamente intervenir si se quiere que se produzca armónicamente y no se produzcan distorsiones en una íntegra ordenación del territorio nacional. Por ello ha de reputarse perfectamente ajustado a la Constitución, pese a ser preconstitucional la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el sistema de esta Ley, en el que sobre la base de encomendar la dirección de la actividad urbanística al Estado, hoy también a las Comunidades Autónomas, y de únicamente asignar a los Ayuntamientos las facultades que siendo de índole local no hubiesen sido atribuidas expresamente por ella a otros organismos (arts. 5.º y 214), se efectúa un reparto competente en la materia que nos ocupa (arts. 31, 35, 40 y 41), en el que se hace propio de los Ayuntamientos la formulación del Plan General, así como sus aprobaciones inicial y provisional, y se reserva al Estado o Comunidad Autónoma, en su caso, su aprobación definitiva, trámite en el cual el Plan puede ser examinado en todos sus aspectos sin restricción alguna y, por tanto, no sólo en cuanto a su legalidad formal o material, sino respecto de su oportunidad y conveniencia, tanto para coordinar las soluciones ofrecidas desde el punto de vista local con las previstas por otras Administraciones, como para garantizar el acierto técnico de éstas desde una perspectiva más amplia y menos localista. Corroboración de lo cual cabe hallarla en un texto preconstitucional, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el artículo 25 de la cual se expresa que las competencias de los Municipios en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística se ejercerán en todo caso en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.» (Sentencia de 5 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1784.)

B) Impugnación de acuerdos.

La impugnación de acuerdos locales en virtud de los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 debe seguir el procedimiento contencioso ordinario, y no el especial del artículo 118 LJCA, ya que éste viene determinado por una suspensión que no tiene lugar en aquellas previsiones impugnatorias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«La Generalidad de Cataluña impugnó, al amparo de los artículos 65 y 66 de la Ley 7/85, de 2 de abril, un Acuerdo del Consejo Metropolitano de Bar-

celona referente a transporte urbano. En principio, la Sala Territorial dio a la referida impugnación el trámite del artículo 118 de la Ley de esta Jurisdicción. Posteriormente dictó un Auto decretando nulidad de actuaciones por entender que procedía seguir los trámites del procedimiento ordinario. Es este Auto el objeto de la presente apelación. Las razones en que se ha apoyado la Sala de instancia para dictar la resolución apelada son, en síntesis, las siguientes: la elección de un proceso especial precisa de una expresa previsión legislativa; cuando el legislador entiende que un proceso especial es el adecuado lo establece de forma expresa, como sucedió con el artículo 8 de la Ley 40/81, y, por último, ha señalado el Tribunal de instancia que el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional está referido al problema de la suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales adoptada por Autoridades no judiciales.

Sostiene la parte apelante que el procedimiento a seguir es el especial previsto en la Ley 7/85 y, supletoriamente, el regulado en el artículo 118 de la Ley de esta Jurisdicción, pero sin intervención de los Servicios Jurídicos del Estado. Argumenta la referida parte que no hay similitud entre las previsiones de la Ley 7/85 y el procedimiento ordinario, y que el procedimiento del artículo 118 se ajusta más a las nuevas prescripciones, concretándose por la entidad apelante los preceptos que de dicho artículo 118 hay que entender derogados, así como la redacción de aquellos otros que entiende subsistentes. Estas alegaciones no pueden ser acogidas al no haber quedado desvirtuadas las razones tenidas en cuenta por el Auto apelado. Preciso es reiterar que *la brevedad y especialidad del procedimiento regulado en el repetido artículo 118 vienen determinadas por la suspensión de Acuerdos de las Corporaciones Locales prevista en el mismo. Preciso es tener en cuenta que la rúbrica de la Sección en la que está incluido el tan aludido artículo 118 dice así: "Procedimiento en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por infracción manifiesta de las Leyes". En los artículos 65 y 66 de la Ley 7/85 no está prevista una suspensión de acuerdos similar a la regulada en el aludido artículo 118 y que constituye la razón de ser de éste. Preciso se hace, por tanto, entender que el procedimiento aplicable a la impugnación de que se trata es el procedimiento ordinario con las especialidades reguladas en los referidos artículos 65 y 66 de la Ley 7/85.*» (Sentencia de 9 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 866.)

IX. ORGANIZACIÓN

A) Consejo de Estado.

La configuración constitucional del Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno de España, y no de las Comunidades Autónomas (art. 107 CE) obliga a entender que la sujeción de éstas a solicitar su dictamen ha de ser voluntaria y no por imposición de la Ley Orgánica estatal, en cuyo caso dicha Ley vulneraría aquella previsión constitucional.

«En relación con este punto hay que decir que, como ya ha declarado este Tribunal Supremo en diversas Sentencias —de esta Sala, de 7 y 21 de mayo de 1987, y de la Sala de Revisión, de 23 de octubre de 1987—, *el informe del Consejo de Estado es un control de tipo interno, no exigible para la perfección de la norma reglamentaria, cuya omisión no impide a esta jurisdicción entrar a conocer del fondo del asunto cuando disponga de elementos suficientes.* Que la falta de un control administrativo de legalidad no es bastante para impedir el ejercicio de la función jurisdiccional por los Tribunales. Pero es que, además, *en el caso que nos ocupa no es preceptivo el informe del Consejo de Estado. Porque el decreto impugnado —y esto es importante desta-*

carlo, aunque no parece haberse advertido por las partes— *guarda conexión con dos leyes distintas, estatal la una* —la de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido de 1973—, *regional la otra* —la de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña, de 1981—. Y tenemos, además, que *esa conexión hace referencia a la dualidad de regulación contenida en el decreto: la agraria y la urbanística, materias en las cuales la Comunidad catalana tiene asumidas competencias con carácter exclusivo* (lo que implica potestad legislativa), siquiera pueda y deba sostenerse que en ambos campos tiene también competencia exclusiva el Estado (lo que, para resolver tan paradójica conclusión, obliga a admitir que Estado y región tienen competencias concurrentes en estas materias). Pues bien, establecido lo que antecede, resulta que en lo que constituye desarrollo del artículo 43.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario —invocado expresamente en el preámbulo del decreto—, o sea, *en lo que supone fijación de unidades mínimas de cultivo, el informe del Consejo de Estado no es necesario porque la citada Ley estatal agraria exige el informe de otros órganos, pero no del Consejo de Estado*, y esos órganos —más exactamente: sus equivalentes autonómicos— han informado, según se dijo más arriba. *Y por lo que hace a lo que constituye desarrollo de la ley regional, el informe del Consejo de Estado no es necesario, pues la disposición final 2.ª de dicha Ley catalana no lo exige*, con lo que estamos ante uno de los supuestos de especialidad orgánica previstos en el artículo 12 de la Ley estatal reguladora del proceso autonómico. Y esto hay que entenderlo así porque, *en materias asumidas con carácter exclusivo por una Comunidad Autónoma, la sujeción al dictamen preceptivo de un órgano estatal ha de venir por la vía de la sujeción voluntaria de la Comunidad Autónoma de que se trate y no por la de un mandato del Estado* —aunque adopte la forma de ley orgánica—. *De otro modo, esta ley orgánica estatal habría modificado la previsión constitucional (art. 107) que configura al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno de España, no de las Comunidades Autónomas. Una interpretación maximalista del artículo 23.2 de aquella Ley Orgánica reguladora del Consejo de Estado, órgano consultivo estatal, sería atentatoria del principio de autonomía, el cual postula como uno de sus contenidos el de autoorganización.*» (Sentencia de 17 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1184.)

B) Federaciones deportivas.

Alcance de la potestad estatutaria de las Federaciones deportivas como expresión de la autonomía de las entidades de base privada, pero sujetas al ordenamiento público.

«Por las demandas se hace un particular análisis del artículo 17 de la Ley 13/1980 para tratar de encontrar un motivo de impugnación del Real Decreto 643/1984; mas el artículo 12 de aquélla asigna a los Clubs deportivos la elaboración y aprobación de sus Estatutos, si bien de acuerdo con el "régimen normativo que se determine reglamentariamente", y el citado artículo 17 se refiere a los Estatutos de las Federaciones, pero todo ello dentro y conforme a lo establecido en el artículo 14.2, el cual se encuentra también dentro de la Sección Segunda en el que se halla el aludido artículo 17 y que se refiere a las Federaciones Españolas, cuyo artículo 12.2 dice textualmente que "las Federaciones Españolas se rigen por la presente Ley y Disposiciones que la desarrollen"; por consiguiente, el artículo 17, y más concretamente los Estatutos de las Federaciones Españolas, habrán de tener en cuenta no sólo lo dispuesto en la Ley 13/1980, sino también lo establecido en el Real Decreto ahora impugnado, como anteriormente tenía en cuenta el Real Decreto 177/1981, de forma que si los Estatutos suponen una cierta capacidad de autonormación para las organizaciones de base privada —lo cual es bastante habitual en nuestro derecho—, no es menos cierto que su alcance y eficacia general ha de

estar limitado por el ordenamiento estatal, exista o no remisión explícita a tal principio, pues, como apunta la doctrina, "la eficacia externa de los Estatutos no depende ya de la sola voluntad del grupo social que hace surgir la norma, ni tampoco de la finalidad de la misma, sino precisamente de una voluntad que se presenta como distinta y superior a ella", esto es, del reconocimiento que de la norma en cuestión pueda hacer el ordenamiento estatal general en cuanto Ordenamiento preeminente, pues la Ley tiene primacía sobre las demás fuentes, comprende todas las normas estatales dentro del orden jerárquico impuesto por el artículo 9 de la Constitución y, por lo tanto, tiene también primacía sobre los reglamentos del Gobierno; así, los Estatutos regulan en su nivel determinadas cuestiones, pero deben ser aprobados por la Administración Pública, y en el caso de las Federaciones así lo exige el artículo 15.1 de la Ley 13/1980, por lo que —como acertadamente razona la contestación a la demanda—, "sería un absurdo que las Federaciones llegaren al establecimiento, sin límite alguno, de unos Estatutos en los que el Consejo Superior de Deportes no tuviese nada que decir, que es en definitiva lo que parece deducirse de las tesis de las demandas, limitándose a una mera aprobación de carácter formal, lo que no se fundamenta en ningún precepto legal"; de aquí que los Estatutos de las Federaciones Españolas, aun teniendo su ámbito peculiar y propio, conforme al artículo 17 han de subordinarse a la Ley 13/1980 y disposiciones que la desarrollan.» (*Sentencia de 23 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 1702.*)

X. FARMACIAS

Interpretación del concepto «núcleo de población» a partir del fundamento constitucional del principio «pro apertura» y de la extensión del mismo.

«Plantean estos autos como problema fundamental el de la determinación de qué debe entenderse por "núcleo de población" a los efectos del artículo 3.1.b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, en cuanto supuesto habilitante para la apertura de una nueva oficina de farmacia.

Con este punto de partida será de recordar que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido proclamando reiteradamente el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, principio éste hoy recogido expresamente en el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.º de julio de 1985.

En consecuencia, y en lo que ahora importa, habrá que subrayar:

A) El artículo 53.3 de la Constitución advierte que los principios rectores de la política social y económica han de informar la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, siendo uno de ellos la protección de la salud (art. 43).

Dada la trascendental importancia que para dicha protección tienen las farmacias, es claro que *de la Constitución deriva un principio pro apertura, en cuanto medida necesaria para la protección de la salud.*

B) Lo expuesto se corrobora atendiendo al artículo 9.2 de la Constitución, que aspira a que *la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva. Este criterio ha sido reiteradamente aplicado por esta Sala a la población rural diseminada* —así, Sentencia de 15 de diciembre de 1986— *y también incluso dentro del casco urbano* —Sentencias de 31 de marzo y 3 de julio de 1987— *en aquellos supuestos en los que las características de alguna zona de la población determinen que sus habitantes se encuentren con unas dificultades para el logro de la asistencia farmacéutica superiores a las del resto, supuestos éstos cuya corrección, en busca de la igualdad, reclama una vez más el principio pro apertura.*

C) *A conclusión análoga se llega partiendo del principio de libertad de empresa —art. 38 de la Constitución—, que conduce al criterio, también reiteradamente puesto de relieve por nuestra jurisprudencia, de favor libertatis.*

En definitiva, en el modelo de convivencia que dibuja nuestra Constitución, *el conflicto de intereses que puede surgir entre los farmacéuticos establecidos, por un lado, y las necesidades de la salud de los ciudadanos, por otro, ha de resolverse inexorablemente en favor de éstos, con lo que, además, se promueve el libre ejercicio de las profesiones liberales.*

El clima constitucional que acaba de reflejarse implica, ante todo, un principio general de libertad a la hora de la apertura de oficinas de farmacia —primer plano—, principio éste respecto del que la limitación —ya en un segundo plano— opera como una excepción a la regla general, y así, en cuanto excepción, ha de ser interpretada restrictivamente —Sentencias de 22 de abril de 1986, 16 de noviembre de 1987, etc.—, especialmente si se recuerda el muy insatisfactorio rango de la normativa reguladora de la materia.

Pasando a un tercer plano, ocurre que dicha normativa contempla "excepciones" a la limitación, pero estas llamadas "excepciones" lo son respecto de la limitación —que es la verdadera excepción— y, por tanto, implican una vuelta al primer plano que es la regla de libertad, lo que impone para las mismas una interpretación extensiva.

Sobre esta base ha de subrayarse que el concepto de "núcleo de población" ha de ser dibujado con un sentido flexible y finalista que permita realizar los objetivos constitucionales mencionados, de entre los cuales y en lo que ahora importa ha de destacarse la mejor atención de la salud de sus habitantes.

Lo que definirá el núcleo de población en cuanto aquí interesa no son las características físicas o materiales de la zona donde se asienta la población, que pueden ser muy diferentes, ni tampoco la concentración o dispersión de sus habitantes; lo que realmente ha de caracterizar al núcleo es la nota finalista de integrarse por un conjunto de personas para las que la asistencia farmacéutica ofrezca alguna dificultad superior a la normal y ordinaria, de suerte que verán mejorada la atención de su salud con la instalación de la nueva farmacia. En este sentido existe una amplia tradición jurisprudencial.

En el supuesto litigioso, el punto de partida para la determinación de si existe o no el núcleo de población previsto en el Real Decreto 909/78 ha de ser el de la distancia de la farmacia que se pretende instalar a la ya existente: 1.600 metros. Ello implica que existen viviendas separadas por esa distancia —e incluso superior, folio 21 del expediente correspondiente al Consejo General— de la oficina de farmacia abierta en la actualidad.

El hecho de que esa distancia pueda recorrerse por carretera —no por calle, reconocimiento judicial, folio 106— no elimina la dificultad existente para obtener los medicamentos: la realidad social —art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil— pone de relieve que no todas las personas disponen de coche y es frecuente que sean niños o personas de edad avanzada las que acuden a la farmacia.

Obsérvese que tanto los médicos con consulta en Las Marinas —folios 66 y 68— como la Asociación de Vecinos —folio 91— y, en último término, el propio Alcalde —folio 86— se hacen eco de la necesidad de la nueva farmacia.

Así las cosas, una conjunta apreciación de la prueba practicada pone de relieve que la nueva farmacia habría de significar una mejora en la asistencia farmacéutica para Las Marinas, lo que implica que ha de entenderse existente el núcleo de población.

Por lo que se refiere al número de habitantes, será de indicar que la litigiosa, independientemente de su desarrollo turístico, es una zona de agricultura especial con cultivos extratempranos, invernaderos y de primor que dan lugar a la presencia de trabajadores temporeros para las faenas de cultivo y recolección, los cuales no suelen empadronarse.

Todo ello, en relación con lo señalado en la Sentencia apelada y teniendo en cuenta que la duda ha de resolverse aplicando el principio de pro aper-

tura, conduce a la conclusión de la procedencia del otorgamiento de la licencia litigiosa.» (*Sentencia de 1 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 673.*)

XI. CAJAS DE AHORRO

Significado de la representación del Ayuntamiento en las Entidades de ahorro municipales, unitaria e indivisible, que impide reconocer un derecho de participación a las minorías municipales.

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

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

Pese a que esta motivación aduce Fundamentos de Justicia Material, no puede aceptarse, porque el límite de la misma respecto a la pluralidad participativa es la propia estructura y funcionamiento de la Administración Municipal. Hay que distinguir entre la composición interna de los Ayuntamientos y la designación de sus representantes en otras entidades. En el primer aspecto, la Sentencia 32/85, de 6 de marzo, del Tribunal Constitucional ha declarado que tanto el Pleno Municipal como las Comisiones informativas preparatorias de sus actos han de constituirse de modo que reflejen la existencia de mayorías, minorías, y de no darse una composición proporcional a ellas infringe el artículo 23.2 de la Constitución, en relación al 14, al situar desventajosamente a las minorías. Sin embargo, cuando el Ayuntamiento como entidad debe ser representado, como en el caso actual, su voluntad se forma por el procedimiento regulado por la legislación de Régimen Local, donde se toman las decisiones por votación mayoritaria. La designación de los Consejeros representantes del Ayuntamiento, según la Ley 31/85, ha de hacerse de esta manera. Los órganos rectores de la Caja de Ahorros representan intereses de los Ayuntamientos, impositores, fundadores y empleados. El interés municipal es indivisible, el que ostentan sus representantes, y no pueden éstos a su vez fraccionarse en intereses de la mayoría y de la minoría. Tal exigencia sería contraria a la unidad de la persona jurídico-pública del Ayuntamiento, al modo de adoptarse sus acuerdos, a la interpretación de la citada Ley, que no impone tal condicionamiento, y a la objetividad de la Administración, según el artículo 103 de la Constitución.» (*Sentencia de 2 de febrero de 1988, Ar. 1158.*)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Reversión. No procede la reversión del subsuelo, cuando los terrenos se destinan al fin previsto en la expropiación, al quedar el subsuelo afecto a la propiedad de la Administración.

«Determinada la normativa aplicable y pasando al terreno de los hechos, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que a los actores —por sí o por su causahabiente— les fueron expropiados en 1982 tres inmuebles —uno en régimen de propiedad horizontal— para la ejecución del Proyecto de Reforma y Ensanche de la Plaza del Generalísimo, en Santander, obra que se encontraba prevista en el Plan Comarcal de Urbanización de Santander, aprobado por la Comisión Central de Sanidad Local con fecha 13 de septiembre de 1955. Ejecutada esta obra urbanizadora, y con motivo de la adjudicación por el Ayuntamiento de la citada capital en el año 1981 de las obras de construcción en el subsuelo de dicha plaza de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión, los actores se dieron por notificados —el 25 de septiembre del mismo año— de la existencia de un sobrante en los bienes que les fueron en su día expropiados, sobrante que identificaron con la propiedad del subsuelo de la plaza correspondiente a los solares ocupados casi veinte años antes, cuando se procedió a la expropiación de los inmuebles señalados con los números 31 y 35 de la calle San Francisco y 4 de la calle Juan de Herrera. Tres días después, es decir, el 28 de septiembre de 1981, dirigieron un escrito a la Corporación municipal ejercitando el derecho de reversión de la propiedad del subsuelo de la Plaza del Generalísimo en cuanto corresponde a los solares ocupados por los referidos inmuebles, con la consiguiente cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad con motivo de la expropiación, postulando subsidiariamente, para el supuesto de que no fuese posible la reversión, una indemnización por el importe del valor de los bienes respecto de los que se ejercita el derecho de reversión, peticiones que fueron denegadas por silencio.

Habiendo abandonado la Corporación municipal apelante la causa de inadmisibilidad aducida ante la Audiencia Territorial por falta de competencia para conocer sobre la petición de reversión —correctamente rechazada por dicho Tribunal, aunque no haya tenido reflejo expreso en el fallo combatido—, la única cuestión a resolver en esta apelación es la discutida procedencia del derecho de reversión ejercitado por los actores y, en su caso, de la petición de indemnización formulada subsidiariamente en la demanda. A tal efecto es preciso decir que aunque el aprovechamiento del subsuelo de la Plaza del Generalísimo, en Santander, no fue la causa de la expropiación efectuada en el año 1962, sino la ejecución del Proyecto de Reforma y Ensanche de aquella, no puede anudarse a este dato la existencia de una porción sobrante de los bienes en su día expropiados y que pretende identificarse con el derecho de propiedad o de aprovechamiento del subsuelo de dicha plaza. Cuando se ejecutaron las obras de remodelación de ésta no quedó porción sobrante alguna, y que así lo entendieron los hoy actores, o la persona de quien traen causa, lo patentiza el hecho de que durante casi veinte años no sintieron la necesidad de ejercitar derecho de reversión alguno sobre el subsuelo de la superficie ocupada por los edificios expropiados en 1962; sólo cuando tuvieron conocimiento de que se iba a proceder o que se había adjudicado la ejecución y explotación de un aparcamiento subterráneo en régimen de concesión, anunciaron y ejercitaron seguidamente su pretendido derecho enderezado a obtener la retrocesión de la propiedad del subsuelo, en franca contradicción con la tesis que sostienen, ya que de existir una porción sobrante, el subsuelo, y no es así, su existencia era independiente del eventual aprovechamiento de aquél por la Administración expropiante.

El aprovechamiento del subsuelo de la tan repetida plaza por parte de

la Corporación municipal es una facultad que asiste a ésta como titular del dominio público sobre la misma en aplicación *mutatis mutandis* del artículo 350 del Código Civil, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados en 1962 siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista, por tanto, su afectación, no puede nacer derecho alguno de reversión. Carece igualmente de relación con el derecho ejercitado la invocación que se hace del artículo 66 del Reglamento de Expropiación, pues, como ya se dejó constancia, este precepto es complementario del caso contemplado en el artículo 63.a) del propio Reglamento, no del previsto en el 63.b), en el que pretende apoyarse infructuosamente la petición dirigida a la Corporación municipal.» (Sentencia de 1 de diciembre de 1987, Sala 5.ª, Ar. 9268.)

XIII. LIBERTADES

- A) *Principio de igualdad ante la ley. No viola el artículo 14 de la CE el artículo 20.2 de la LODE, por el que la prioridad para matricularse en centros educativos públicos o concertados tiene en consideración las rentas anuales de los padres. No se plantea la cuestión de constitucionalidad solicitada.*

«Al margen de la problemática que podría suscitar la denominada impugnación indirecta del Real Decreto 2375/1985 en relación con el ámbito de aplicación del artículo 39.2 y 4 de la Ley de esta Jurisdicción, cuestión que no ha sido planteada por la Administración demandada, es preciso que nos refiramos en primer lugar a un problema previo tratado en la demanda y en el que insiste la parte actora al formular el recurso de apelación.

El artículo 20.2 de la LODE dispone que la admisión de alumnos en los centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, y en los centros privados concertados por la remisión que a este precepto hace el artículo 53, se regirá por los criterios prioritarios de renta anual de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. Pues bien, a juicio de la entidad recurrente, el criterio de selección que atiende a los ingresos económicos de la familia vulnera el artículo 14 de la Constitución, interpretado de conformidad con lo prevenido en la Convención de 15 de diciembre de 1960 sobre lucha contra la discriminación —ratificada por España el 20 de agosto de 1969, «BOE» de 1 de noviembre siguiente—, por lo que solicita se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, a lo que no puede ser obstáculo —añade— la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985, que ha examinado el artículo 20.2 de la LODE a la luz del artículo 27.1 de la Constitución, pero no ha tenido ocasión de compararlo con el artículo 14.

Podemos adelantar que no compartimos en absoluto la tacha de inconstitucionalidad que se pretende atribuir al citado precepto legal. La prioridad en función de las rentas anuales de la unidad familiar tiene como objetivo preferente favorecer a las familias con rentas más bajas —esto, por obvio, no necesita ser explicitado en la Ley— y responde al espíritu que anima a la Convención de 15 de diciembre de 1960. Tal preferencia, lejos de vulnerar el texto constitucional —lo que prohíbe el artículo 14 es precisamente la discriminación, y la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza sostenida con fondos públicos pasa por la necesidad de favorecer a quienes tienen medios económicos más escasos—, es fiel al mandato del artículo 9.2, que no debe olvidarse encomienda a los poderes públicos —por tanto, también al poder legislativo— promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo (y de los grupos en que se integra) sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, igualdad que difícilmente podría lograrse si el legislador no hubiera tenido en cuenta el

factor socioeconómico en el acceso a la educación sostenida con fondos públicos y hubiera adoptado una postura de neutralidad, incompatible con un Estado social y democrático de Derecho que propugna, en el artículo 1.º de su Norma suprema, como valor superior de su ordenamiento jurídico, entre otros, la igualdad.» (*Sentencia de 9 de diciembre de 1987, Sala 5.ª, Ar. 9441.*)

B) Asociación.

El cierre y precinto total del local de una asociación, como medida cautelar, al existir pruebas de que se realizaba en él de forma ilícita actividad de juego, supone violar el derecho de asociación, al suspender de hecho el ejercicio del derecho de asociación sin seguir los trámites constitucionales.

«No puede decirse lo mismo respecto de la libertad de asociación, pues el artículo 22.4 de la Constitución establece que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. Siendo claro que la medida de cierre y precintado del local, aunque se adopte con el carácter provisional que derive de la naturaleza cautelar del acto que la determina, al privar de la posibilidad del efectivo ejercicio de las actividades propias de la asociación, si se adopta del modo en que lo fue, afectando indiscriminadamente a la totalidad de un local, que por la propia denominación de la entidad, "Club Gastronómico", hay que presumir que tiene una dedicación más amplia que la exclusiva para juego, que sin prueba aportada le imputa la Administración, suspende el derecho fundamental de asociación sin respetar la regulación constitucional, al no estar respaldada por una resolución judicial motivada que la decreta en esos términos; ya que el Auto del Juez de Instrucción que autoriza la entrada y registro domiciliario no pretende servir de causa a la limitación de la libertad de asociación, o, con otras palabras, no aparece dictado con la finalidad de suspender las actividades asociativas; ni puede citarse al respecto un precepto legal adecuado, en cuanto que el artículo 11.4 de la Ley del Juego de Cataluña, a lo más, puede justificar el precintado de los locales o parte de ellos exclusivamente destinados al juego.» (*Sentencia de 13 de enero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 267.*)

C) Libertad sindical.

Aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la infracción del derecho de libertad sindical que implica la concesión de subvenciones públicas a los sindicatos más representativos únicamente.

«A partir, pues, del dato aceptado por la Administración de que la partida presupuestaria se adjudicó solamente a dichas organizaciones, ha de establecerse si con ello se vulneraron los preceptos constitucionales invocados.»

El Tribunal Constitucional, en Sentencias de 14 y de 22 de febrero de 1985, establece una nítida distinción entre el problema de determinar qué organizaciones sindicales tienen capacidad representativa a los efectos de ostentar la representación institucional de los intereses de los trabajadores ante la Administración Pública y el consistente en el derecho a percibir de ésta, en el caso de que las tenga previstas, subvenciones para la realización de actividades socioculturales, promoción de los trabajadores, organización de actividades de carácter formativo y otras, dentro de los fines propios de las Centrales Sindicales.

Por lo que se refiere al primero, la doctrina del Tribunal es la de que no se incide en inconstitucionalidad por otorgar representación sólo a los sindi-

catos más representativos, ya que responde a un supuesto en el que la capacidad representativa ha de otorgarse a un número limitado de organizaciones, porque se trata de concretar la participación de los Sindicatos en el ejercicio de funciones públicas.

En cuanto a la segunda cuestión, por el contrario, entiende que limitar las subvenciones a dichos sindicatos más representativos vulnera el derecho a la libertad sindical (art. 28.1, en conexión con el 7, de la Constitución) porque la promoción de los trabajadores se atribuye por la Constitución a todos los sindicatos, sin distinción, y en los fines de promoción han de incluirse las actividades socioculturales y de formación.

Indica también el Tribunal Constitucional que una subvención para estos fines limitada a los sindicatos más representativos incidiría en el orden competitivo al ir dirigida en exclusiva a los situados en el vértice de los que han obtenido mejores resultados en las elecciones, con lo cual se les situará en una posición superior a los demás para ofrecer mejores servicios a los trabajadores, más allá de los medios propios de que dispongan y de cualquier criterio que tome en consideración la proporcionalidad de los resultados de las elecciones o cualquier otro extremo que se justifique como no discriminatorio.

Expresamente se rechaza por el Tribunal Constitucional que el criterio de eficacia en la consecución de los mencionados fines evite la señalada anti-constitucional violación de la libertad sindical.

A la luz de dicha doctrina ha de afirmarse que, en principio, la negativa de la Comunidad a prestar a Unión Sindical Obrera de Madrid subvención alguna para los fines de formación para los que la había solicitado implica un ataque a la libertad sindical, tal como la misma aparece configurada en las Sentencias citadas.

Esta apreciación inicial no resulta desvirtuada por los argumentos alegados en su contra por la representación procesal de la Comunidad. No puede, desde luego, acogerse el criterio de la eficacia porque, como queda anteriormente indicado, se trata de una razón expresamente rechazada por la jurisprudencia constitucional para excluir del beneficio de las subvenciones para fines formativos a los sindicatos que no merezcan la calificación de más representativos.

Tampoco puede acogerse el argumento de que las ayudas previstas tienen la finalidad específica de "apoyo a las Centrales Sindicales participes del Consejo de Relaciones Laborales" y que de éste sólo forman parte las más representativas, de acuerdo con el Decreto creador del mismo de 19 de enero de 1984. En efecto, en el Programa en el que se engloba la partida sobre la que se debate una de las actividades previstas es la literalmente reseñada, pero dicha actividad no excluye que, sin embargo, el presupuesto genérico para poder participar en la partida sea el de ser una "institución sin fin de lucro", independientemente, por tanto, de que se pertenezca o no a dicho Consejo.

Siendo, entonces, el conjunto de dichas instituciones, sean o no sindicales, las destinatarias de las subvenciones, conforme al texto legal presupuestario, podría discutirse si se ajusta al mismo que se destinen solamente a entidades sindicales, pero no objetado este extremo por las partes, lo que indudablemente constituye una discriminación anticonstitucional es el que, adoptado por la Administración el criterio de atribuírselas exclusivamente a dichas entidades, las limite, además, a las más representativas bajo el pretexto de que son las únicas que pertenecen al Consejo de Relaciones Laborales.» (*Sentencia de 10 de febrero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 1299.*)

XIV. SANCIONES

A) Prescripción.

1. *En todo caso, a falta de ley expresa en sentido diverso, las infracciones administrativas prescriben a los dos meses.*

«Siendo evidente, como pone de manifiesto la Sentencia apelada, que desde que se formuló la propuesta de resolución hasta que se dictó la resolución administrativa sancionadora transcurrieron más de dos meses, procede confirmar dicha Sentencia, por ser de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala, de la que son ejemplo las Sentencias de 5 y 15 de octubre de 1987, al declarar que en defecto de una norma específica que establezca un plazo concreto de prescripción de las faltas administrativas ha de acudir a las reglas específicas del Código Penal como supletorio que es en el ámbito sancionador, pero con la debida precaución, teniendo presente que una falta administrativa siempre es una falta y no admite fácilmente, sin distorsionar el sistema, que principios pertenecientes a infracciones calificadas de delito le sean de aplicación, como el plazo de prescripción. Y sin que pueda argumentarse que el plazo aplicable dependerá de la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta, según supere o no la que el citado Código Penal estima como grave o leve, pues ello equivaldría a dejar enteramente en manos de la Administración, según arbitrio, el referido plazo de prescripción.» (Sentencia de 26 de enero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 364.)

2. *Se rechaza la aplicación generalizada a la prescripción de las infracciones administrativas del plazo de dos meses previsto para las faltas en el artículo 113 del Código Penal.*

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

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

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

ves y dos años para las muy graves (art. 6).» (Sentencia de 9 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1825.)

B) Relación especial de sujeción.

1. *Reserva de ley. No es exigible una ley formal en los supuestos de relación especial de sujeción, según doctrina del Tribunal Constitucional.*

«El artículo 101.1 y 2.d) de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 (aquí aplicable) confiere competencia a los municipios para el gobierno y administración de los mercados municipales, pudiendo los Ayuntamientos aprobar Reglamentos para el ejercicio de su competencia en esta materia, conforme a los artículos 108, 109.1, 110 y 111 de la misma Ley, en relación con el 5.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955; habiéndose de considerar redactado con tal cobertura legal el citado Reglamento de Régimen Interior de los Servicios de Mercados Centrales de Mayoristas y Matadero del expresado Polígono, ya que su fin es organizar el funcionamiento interno de esa Unidad Alimentaria, como expresan los artículos 1.º y 2.º del mismo y se infiere de su global contenido; habiéndose de entender también, atendido su aludido objeto, que éste es un Reglamento de los que la doctrina y la jurisprudencia denominan organizativos, ya que no va dirigido a todos los ciudadanos en cuanto a tales, sino solamente a los que intervienen de una u otra forma en la prestación del servicio público del Mercado, lo cual genera una relación de sujeción especial de dichos cualificados ciudadanos respecto a la Administración, puesto que la misma no actúa en el ámbito de su supremacía ni en uso de su "potestas", sino en un marco de acción directamente encaminado a la organización de los servicios públicos; y esto es lo que hace legalmente posible un Reglamento como el examinado, que en su Título IV incluye definiciones de infracciones y de penalidades para los infractores, sin que a pesar de ello le sea aplicable la reserva de Ley establecida por el artículo 25.1 de la Constitución, porque, como declaran las Sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de enero y 7 de abril de 1987, en el seno de estas relaciones de sujeción especial la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del "ius puniendi" genérico del Estado, lo cual determina que no sea aplicable a dicho Título IV la doctrina proclamada con carácter general por el propio Tribunal Constitucional —Sentencias de 30 de marzo de 1981, 3 de octubre de 1983 y 7 de abril de 1987— y por este Tribunal Supremo —Sentencias de esta Sala de 19 y 27 de abril de 1983 y 27 de diciembre de 1984, y de la Sala 3.ª de 6 de febrero y 11 de marzo de 1985 y 10 de noviembre de 1986—, sobre la exigencia de Ley formal habilitante para el ejercicio de las potestades punitivas y sancionadoras de la Administración Pública y para la tipificación de las conductas sancionables.» (Sentencia de 29 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9855.)

2. *Relativización de los principios generales del derecho sancionador cuando se trata de potestad sancionadora ejercida en el seno de una relación concesional de servicio público por incumplimiento contractual (CAMPSA y Estaciones de Servicio).*

«Hemos dicho ya, en ocasiones muy recientes —21 y 28 de diciembre de 1987 y 30 de enero pasado—, que la concesión de bienes o de servicios, como una de las modalidades típicas para la gestión de actividades públicas, ofrece un marcado, aun cuando no exclusivo, talante contractual, según ha reconocido explícitamente esta misma Sala en muchas ocasiones anteriores.

Es suficientemente conocido que tal negocio jurídico, de naturaleza indis-

cutiblemente administrativa, tiene por origen una oferta al público que formula la Administración y una simétrica propuesta de los particulares, estructura bilateral y además sinalagmática que, una vez perfeccionada sustantiva y formalmente, crea un complejo entramado de derechos subjetivos y obligaciones recíprocas. Esta situación constituye el fundamento del problema que ahora nos ocupa. En efecto, la Compañía Arrendataria del Monopolio (estatal) de Petróleos (CAMPSA) actúa con carácter vicario respecto de la Administración General del Estado y ha configurado el suministro y venta de sus productos consumidores mediante la concesión de las estaciones de servicio.

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

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

Se trata, pues, con todas las cautelas que exige una tal calificación, de dos tipos de responsabilidad, una de origen contractual y la otra de origen extracontractual, autónoma. En definitiva, no son transportables entre sí los principios rectores y el régimen jurídico propio de cada una de tales modalidades. Así, pues, en el ámbito de la responsabilidad del concesionario no funciona el principio de legalidad, con todas las consecuencias inherentes, ni la presunción de inocencia. No se contempla aquí una *infracción administrativa* en el estricto sentido de la expresión (acción u omisión contraria a la ley, tipificada y culpable), sino del incumplimiento de una obligación contractual aceptada voluntariamente. Tal incumplimiento es imputable objetivamente al concesionario, mientras no pruebe la culpa del concedente, aun cuando el autor de la vulneración fuere un empleado suyo, pues aquí entra en juego la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, con arraigo milenario en el Derecho común. En definitiva, una vez comprobado que cuatro aparatos surtidores fuera de servicio carecían del correspondiente precinto y éste aparecía roto en otro, sin que ninguno de ellos dispusiera de cartel indicador o advertencia alguna, resulta claro que tal anomalía era constitutiva de una infracción de las obligaciones del concesionario, abstracción hecha de quién manipulara los combustibles y en qué momento, ya que a los efectos de su responsabilidad es indiferente la malicia propia —dolo— o la eventual negligencia —culpa— en com-

probar la pureza de lo suministrado por el distribuidor al hacer la entrega o en controlar la conducta de los empleados o servidores.» (*Sentencia de 5 de febrero de 1988, Sala 3.ª, Ar. 659.*)

C) Máquinas recreativas.

La incoación de procedimiento sancionador y precinto provisional de las máquinas recreativas son actos de trámite impugnables por la vía de la Ley 62/1978, y el recurso debe ser estimado por falta de cobertura legal y consiguiente infracción del artículo 25.1 de la Constitución.

«En la presente apelación se impugna la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza, de fecha 7 de septiembre de 1987, por la que se declaró la inadmisión del recurso número 591 del mismo año, promovido, de acuerdo con las normas de la Ley 62/78, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Aragón que había decretado la iniciación de expediente sancionador y el precintado de una máquina recreativa, propiedad de la sociedad recurrente, ubicada en local careciendo del preceptivo boletín de instalación, por entender que el acto impugnado era de mero trámite e inimpugnable, por tanto, en vía contencioso-administrativa, aduciéndose, para basamentar la pretensión revocatoria, que el artículo 6.1 de la Ley citada no constriñe la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona a los actos de carácter definitivo, sino a cualquiera que emane de la Administración afectante a aquellos derechos y, en fin, que la resolución recurrida viola el derecho constitucional consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, a no ser sancionado por norma que carezca de la necesaria cobertura legal para describir las infracciones y establecer las sanciones.

La conclusión alcanzada por la Sala de primera instancia, declarando inadmisibile el proceso, no puede ser compartida en esta alzada, por cuanto y cual reiteradamente ha venido declarando la Sala Tercera de este Tribunal —Autos de 13 de marzo y 24 de abril de 1986 y Sentencia de 19 de noviembre del mismo año—, a la que venía incumbiendo la decisión de los recursos establecidos para el amparo de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, que éstos pueden resultar conculcados tanto por los actos definitivos como por los de trámite dictados por la Administración, bastando, para acudir al especial procedimiento regulado en la Ley de 26 de diciembre de 1978, que se trate de una actuación de la Administración sometida al derecho administrativo, a medio de la cual se infrinja un derecho fundamental constitucionalmente protegido, y es por ello por lo que, aunque la incoación de un expediente sancionador sea acto de trámite, no queda excluida esta especial fiscalización jurisdiccional.

El razonamiento anterior es ya determinante de la revocación de la Sentencia apelada, en cuanto estimó improcedente la inadmisión postulada por el Letrado del Estado, procediendo por tanto enjuiciar el tema de fondo latente en la litis, consistente en determinar si el acuerdo recurrido vulnera, en primer lugar, el artículo 25.1 de la Ley suprema, y a tal efecto hemos de precisar que la facultad conferida a la Administración para iniciar el expediente sancionador y acordar el precintado de las máquinas recreativas como medida provisional, cabalmente trae causa de las infracciones tipificadas en el artículo 21 y sancionadas en el 22 del Reglamento de 24 de junio de 1981, y como esta Sala, en jurisprudencia uniforme y reiterada, acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, viene proclamando que el régimen sancionador reglamentariamente establecido para los hechos a que se contrae el expediente incorporado a los autos carece de la necesaria cobertura legal para su correcta aplicación, habida cuenta que el precitado artículo 25.1 formula expresa reserva de ley en la materia sancionadora, es por lo que ha de entenderse que los acuerdos recurridos infringen el precepto constitucional mencionado, pues si las sanciones que en último término cabría imponer resul-

tarian en todo caso viciadas por la conculcación de un derecho fundamental de la persona, es evidente que incidirán en idéntico efecto las medidas iniciadoras y precautorias adoptadas por la Administración en mérito de infracciones y sanciones carentes de la base legal previa.

En consecuencia con cuanto dejamos expuesto, que hacen innecesario el examen de las restantes alegaciones articuladas por el recurrente para fundamentar la pretensión que deduce, deviene necesaria la estimación del recurso de apelación que decidimos.» (Sentencia de 9 de febrero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 1285.)

Vid., en sentido contrario, XVII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. C) Ley de 26 de diciembre de 1978. (Sentencia de 9 de febrero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 1287.)

XV. URBANISMO

A) Planeamiento.

1. *Las amplias facultades atribuidas a la Administración superior en la aprobación definitiva de los Planes municipales no lesionan la autonomía local.*

Vid. VIII. ADMINISTRACIÓN LOCAL. A) Autonomía local. (Sentencia de 4 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9355; Sentencia de 5 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1784.)

2. *El Ayuntamiento no puede convocar un concurso de ideas acerca de un futuro parque, y cuyo primer premio incluye el encargo del proyecto de ejecución, cuando la modificación del Plan que le ha de dar cobertura sólo ha superado la aprobación inicial.*

«Sin embargo, hay aquí otras circunstancias que vienen a empañar la claridad de lo expuesto, y son, por una parte, que la normativa urbanística aplicable y vigente en la zona no autoriza la construcción de dicho Parque en la forma que se plantea en la convocatoria aprobada por el acuerdo recurrido, pues ni el Plan General Comarcal vigente ni el Parcial del Sector que también rige dan marco urbanístico adecuado para la construcción del Parque en la forma que lo pretenden las bases aprobadas, según se reconoce sin contradicción en las dos instancias del proceso y en el mismo expediente administrativo, que es plenamente consciente de esta deficiencia, y por ello en las propias bases (por ejemplo, en el plano B.7 de la documentación complementaria anexa) y en el mismo acuerdo recurrido (atendido 1.º) se habla con reiteración de haber sido ya acometida y aprobada inicialmente una propuesta de modificación de los Planes Comarcal-General y Parcial.

La falta de marco jurídico-urbanístico adecuado en los planeamientos vigentes para la creación del Parque no sería, sin embargo, obstáculo, como dice el Ayuntamiento, para la convocación de este concurso de ideas, del que podrían salir soluciones susceptibles de apoyar el expediente de modificación de los Planes existentes —arts. 49 de la Ley del Suelo y 161 del Reglamento de Planeamiento—; y desde esta perspectiva seguiría siendo procedente, asumible y aceptable el concurso de ideas convocado, pese a su antinomia aparente con los principios de vigencia y de ejecutoriedad de los Planes aprobados, proclamado por los artículos 56 al 58 de la Ley del Suelo.

Pero la base 11 de las aprobadas por el acuerdo impugnado nos presenta un obstáculo insalvable para que podamos pronunciarnos por la legalidad del acto aprobatorio municipal, al decir esta base que el primer premio será de

2.500.000 pesetas y el encargo del Proyecto básico y de ejecución; pues el Ayuntamiento mal puede ofrecer en firme, como primer premio del concurso, el encargo del Proyecto básico y de ejecución de un proyecto que no sabe si nunca podrá proyectarse ni realizarse, por estar ello subordinado a que en el futuro sea aprobado un planeamiento que lo hiciera posible; por lo que la inexistencia de este planeamiento habilitante aprobado y vigente en el momento en que se contrata en firme la realización de algo que va contra tal planeamiento, y sin ni siquiera saberse si algún día se podrá realizar, lastima los principios de vigencia y de ejecutoriedad de los Planes aprobados (arts. 56 al 58 de la Ley del Suelo) y también el de economía del 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y es por razón de ello que procederá revocar el acto administrativo impugnado en su totalidad, dado que la invalidación del primer premio asignado a un concurso es un punto esencial del mismo cuya anulación arrastra la del concurso en su integridad.» (Sentencia de 11 de marzo de 1988, Sala 4.ª, Ar. 1831.)

B) Gestión.

1. Sistema de compensación. En Sentencia de revisión se confirma la doctrina acerca de la contribución proporcional del Ayuntamiento a los gastos de urbanización como titular del 10 por 100 del aprovechamiento medio.

«Dándose, por lo expuesto, las identidades exigidas por el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, se impone señalar cuál de dichas Sentencias contradictorias recoge la doctrina exacta. Y en este sentido ha de afirmarse que la correcta es la dictada por la que se pretende revisar de 28 de mayo de 1985, habida cuenta: a) No existir razón alguna, atendiendo a los principios que informan tanto el sistema de cooperación como el de compensación, para que la contribución a los gastos de urbanización por parte del Ayuntamiento sea exigible en el primero de estos sistemas y no en el segundo, ya que, al fin y al cabo, la diferencia entre uno y otro está en quién asume la gestión de la urbanización, encomendada en el de cooperación al Ayuntamiento, y en el de compensación, a la Junta de Compensación. b) No debe confundir la cesión del aprovechamiento medio apto para ser edificado con la cesión del 10 por 100 para viales, zonas verdes y servicios que impone la ley para el suelo ya urbanizado, dado que, en este último, juega en beneficio exclusivo del propietario afectado y aquélla en interés también del Ayuntamiento. c) Haber declarado la propia Sala 4.ª de este Alto Tribunal en la Sentencia de 5 de febrero de 1985 "que si bien es cierto que el artículo 186 del Reglamento de Gestión Urbanística impone la contribución municipal a los gastos de urbanización en el sistema de cooperación sin que exista un precepto homólogo en el capítulo dedicado al de compensación, no es menos cierto que de ello no es lícito deducir "a sensu contrario" que el Ayuntamiento, propietario del 10 por 100, en el sistema de compensación debe quedar eximido de toda contribución a los gastos, pues es bien sabido que, en buena hermenéutica, el silencio del legislador sobre un punto determinado no puede interpretarse en sentido positivo ni negativo, por sí mismo, salvo precepto expreso que así lo disponga, sino que debe dilucidarse en razón de la lógica interna del propio precepto y del conjunto normativo en que se inserta"; "que la tesis de que el Ayuntamiento titular del 10 por 100 del aprovechamiento medio debe contribuir proporcionalmente a los gastos de urbanización, cualquiera que sea el sistema de actuación que se siga, viene avalada por lo siguiente: 1) La Ley nada dice sobre este punto, por lo que son admisibles diversas interpretaciones, de las cuales una ha quedado perfectamente concretada en el artículo 186 del Reglamento de Gestión Urbanística respecto del sistema de cooperación, que por haberse producido dentro del ámbito interpretativo propio de la potestad reglamentaria no puede ser tachada de ilegalidad. 2) No existe razón

alguna *a fortiori* para que la misma regla no se aplique al sistema de compensación, dado que, como es sabido, los propietarios, en este último sistema, asumen mayores cargas y responsabilidades que en el de cooperación, por lo que nada puede justificar que se les haga de peor condición a la hora de la contribución a los gastos. 3) Esta interpretación se corrobora con lo dispuesto en el artículo 163 del citado Reglamento de Gestión, que establece que "las Entidades públicas titulares de bienes, incluidos en el polígono o unidad de actuación, ya tengan carácter demanial o patrimonial, se integrarán en la Junta de Compensación con plenitud de derechos, lo que de suyo implica tanto participación en las decisiones y provechos como en las cargas, debiendo destacar que si esta condición la determina la sola titularidad de bienes demaniales, con mayor razón deberá atribuírle el 10 por 100 del aprovechamiento medio, que se materializa en terrenos destinados a ser comercializados en el mercado libre; y 4) Lo corrobora asimismo el artículo 168 del mismo Reglamento al afirmar que "todos" los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación "quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema", lo que significa que estas obligaciones constituyen "cargas reales" *ob rem*, que se imponen a quien quiera que sea el titular de los terrenos, sin que pueda admitirse ninguna excepción que no esté expresamente determinada en un precepto legal". d) Haber sido ratificada la anterior doctrina por la Sentencia de la misma Sala de 28 de mayo de 1985, que señala también "que la circunstancia de que el Reglamento de gestión no contenga disposición que establezca para el sistema de compensación la misma obligación que impone en su artículo 186 para el de cooperación, no constituye argumento suficiente para entender que el Ayuntamiento está exento de dicha obligación en el primero de dichos sistemas, en cuanto que los principios que informan el ordenamiento urbanístico, unidos a la contemplación de alguno de sus preceptos como son el artículo 120.2 de la Ley y el 126.1 del Reglamento antes citado, conducen a la conclusión contraria de entender que la cesión obligatoria y gratuita del 10 por 100 del aprovechamiento medio se origina antes de ejecutar la urbanización, cualquiera que sea el sistema de actuación elegido, y por tanto en todo caso el Ayuntamiento viene obligado a participar proporcionalmente en los gastos de urbanización en idéntica forma a la que corresponda a los demás propietarios implicados, tanto por razones de técnica jurídica como por motivos de justicia material, incompatible con todo resultado de enriquecimiento injusto". E igualmente por la más reciente de 18 de mayo de 1987, en la que, después de poner de manifiesto las soluciones contradictorias dadas por la jurisprudencia, entienden que la solución más coherente con el sistema es la de que el Municipio participe en los costes de urbanización por ser el criterio reglamentario en el sistema de cooperación.» (Sentencia de 28 de enero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 865.)

2. *Junta de Compensación. Naturaleza. No pueden abandonar los socios la Junta de Compensación hasta que se reciban las obras por el Ayuntamiento, quedando obligados al pago de las cantidades que pudieran exigirse de forma conjunta a la Junta todos los socios, pese a haber abonado con anterioridad las cantidades fijadas por la propia Junta.*

«Tales alegaciones no pueden tomarse en consideración, pues, aun dejando aparte el acatamiento prestado a la Sentencia de instancia por el Ayuntamiento de la Villa de Oñate, al no recurrirla, ya que sólo lo han efectuado los codemandados, debe tenerse en cuenta que las Juntas de Compensación no son similares a las sociedades civiles reguladas en los artículos 1665 y siguientes del Código Civil, pues aunque ellas tienen grandes concomitancias con tales sociedades, al referirse en algunos aspectos a derechos jusprivatísticos de sus componentes, ellas cumplen primordialmente funciones administrativas de orden urbanístico, y es este carácter el que las define de forma más acusada, en cuanto tienen como fin último la realización de fines urba-

nísticos, que sólo se pueden reputar cumplidos cuando la Corporación Municipal a la que se hallan vinculados da por concluida la urbanización para cuya realización se constituyeron y recibe las obras ejecutadas, no pudiendo, entre tanto, abandonar sus socios o componentes el ámbito de la misma, continuando hasta entonces sujetos a sus acuerdos y decisiones.

En el caso de autos, es cierto que, mediante el instrumento público reseñado, se fijaron por los componentes de la Junta de Compensación las cantidades que cada uno de ellos había de abonar y que las asignadas a los dos recurrentes en apelación fueron por ellos abonadas en la forma establecida por la citada escritura, pero no lo es menos que cuando la Junta trató de que el Ayuntamiento de Oñate recibiera las obras de urbanización realizadas, éste puso reparos, por estimar no cumplían los compromisos adquiridos, exigiendo la realización de nuevas obras, cuyo importe total, de 8.068.185 pesetas, fue repartido entre los componentes de la Junta en proporción a las cuotas o porcentajes a cada uno correspondientes, resultando para los recurrentes las siguientes cantidades: 303.210 pesetas para el señor I. y 735.883 pesetas para la Cooperativa, siendo de señalar que esta nueva y obligada inversión es distinta de las previstas en la escritura referenciada de 26 de julio de 1979 y no es atribuible a defectuosa actuación de éste o aquél de los firmantes de la citada escritura, sino a la conjunta actuación de todos ellos, pues al respecto no se señala por los recurrentes que aquello haya sucedido, tratando de ampararse únicamente en el cumplimiento de las obligaciones de tal escritura dimanantes, lo que, al parecer, puede predicarse por igual de todos sus firmantes.» (Sentencia de 29 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9854.)

C) Licencias.

1. De primer establecimiento. La exigencia de corregir los defectos observados por contradecir la obra las Ordenanzas municipales debe dirigirse a quien obtuvo la licencia de obra y no a los nuevos propietarios de los pisos.

«Como establece el Tribunal "a quo", la concesión de la licencia de ocupación de un inmueble está condicionada no sólo al estricto ajuste de las obras al proyecto aprobado y a las condiciones de la licencia, sino también a las prescripciones de las Ordenanzas, incluidas las de protección y prevención de incendios, de tal manera que de observarse algún defecto o anomalía por los correspondientes Servicios municipales deberá el solicitante proceder a subsanarlos, sin que resulte relevante a estos efectos que hubiese vendido todos o algunos de los pisos y locales, porque sólo a él, como solicitante de las licencias, es a quien incumbe el cumplimiento de tales deberes, que son distintos de los prevenidos en el artículo 181 de la Ley del Suelo, referidos sólo a conservación y mantenimiento, siempre posteriores y consecuentes al cumplimiento de aquellos que competen al constructor, por lo que tampoco resultan interesados en el expediente administrativo ni necesitan ser oídos los adquirentes de las viviendas o locales.» (Sentencia de 25 de enero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 339.)

2. Concurrente. La existencia de una competencia exclusiva estatal en materia de aeropuertos de interés nacional no excluye la competencia municipal para otorgar las licencias de apertura de los locales de negocio del aeropuerto.

«En el escrito de alegaciones formulado por A. y C., S. A. (A.), en el recurso de apelación por ella interpuesto, se insiste en que el Aeropuerto de El Prat de Llobregat (Barcelona) es un aeropuerto de interés general y como

tal sujeto a la competencia exclusiva del Estado con arreglo a lo establecido en el artículo 149.1.20 de la Constitución, por lo que el Ayuntamiento de la citada localidad es órgano manifiestamente incompetente para exigir la licencia de apertura y son nulos de pleno derecho los actos administrativos en esa materia emanados del mismo; alegaciones que no desvirtúan los razonamientos recogidos en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida —aceptados en su integridad por esta Sala—, en los que se efectúa una adecuada apreciación de la cuestión debatida y se aplican rectamente los preceptos atinentes al caso del pleito; debiendo significarse, al decidir el presente recurso de apelación, que, como ya se declara en el tercero de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, *el artículo 149.1.20 de la Constitución, en el que se atribuye a la competencia exclusiva del Estado la materia relativa a los "aeropuertos de interés general"* —con independencia de concretarse realmente el referido artículo, junto con el 148, a deslindar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y por ello figura incluido en el Capítulo Tercero del Título VIII (arts. 143 al 158) de la Constitución, dedicado a las mismas—, *no limita en absoluto la autonomía municipal proclamada en los artículos 137 y 140 de la propia Constitución, ni concretamente la competencia asignada a los Ayuntamientos para otorgar la licencia de apertura o de primera utilización de las edificaciones, incluso de las establecidas en terrenos de dominio público, y hasta cuando se promuevan por órganos del Estado o Entidades de derecho público que administren bienes estatales, conforme a lo previsto en los artículos 178, 179 y 180.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976; siendo, en consecuencia, de aplicación en el caso de autos tanto el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que dispone "estará sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles", como el artículo 42 de las Normas Urbanísticas del Plan General Metropolitano de Barcelona, aprobado el 14 de julio de 1976, y el artículo 11 de las Ordenanzas Metropolitanas de Edificación de 15 de junio de 1978, que establecen también la necesidad de la expresada licencia municipal (incluso en "zona aeroportuaria" y "aun cuando sobre el acto de que se trate se exija autorización de otra Administración")*, según se razona con acierto en el aludido Fundamento de Derecho de la Sentencia recurrida.» (*Sentencia de 18 de noviembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9230.*)

XVI. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Recurso de reposición.

Se mantiene la exigencia del recurso de reposición previo a la impugnación directa de disposiciones de carácter general que no requieren acto de sujeción individual.

«Respecto de la otra causa de inadmisibilidad argumentada, es preciso tener presente que el propio recurrente reconoce ha llevado a efecto la impugnación por vía directa de una disposición general, D. 362/1983, cuya aplicación y observancia no exige ni está necesitada de que medien actos administrativos posteriores de requerimiento o sujeción individual, y estima en consecuencia no precisar interposición previa del recurso de reposición, criterio que no es aceptado por la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, como se viene de una manera regular y continuada manifestando a través de numerosas Sentencias, entre las cuales cabe destacar las de 3 de marzo de 1977; 13 de octubre de 1978; 9 de enero y 5 de diciembre de 1980; 24 de febrero, 11 de marzo y 24 de mayo de 1982; 2 de febrero, 22 de abril, 15 de junio, 11 y 18 de noviembre, 3 y 7 de diciembre de 1983; 20 de marzo y 4 de octubre de 1984, que, por el contrario, conceptúan preciso y necesario la in-

terposición del previo recurso de reposición cuando se trata de personas físicas las que combaten, por la vía directa, una disposición general.

Supuesto análogo al contemplado tiene un precedente inmediato en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1986 (R. T. Const. 62), pero para un examen de la doctrina establecida en la referida Sentencia en orden a la actuación preventiva por parte del Tribunal de Instancia como medio de proporcionar a la parte la posibilidad sanatoria en cuanto justificar haberse interpuesto el recurso de reposición, bien de acuerdo con la oportunidad que autoriza el artículo 62, bien de acuerdo con la prevista en el artículo 129.3 de la LJCA, es preciso establecer ciertos presupuestos que actúan como condicionantes operativos; así: a) El recurrente interpuso recurso directo contra el Decreto 362/1983, publicado en el "B. O. de la Generalidad de Cataluña" en 31 de agosto de 1983, estableciéndose en la Disposición Final Tercera que "entrará en vigor al inicio del próximo curso 1983-1984". b) La interposición del presente recurso tuvo lugar el día 31 de octubre de 1983. c) Invocada la causa de inadmisibilidad amparada en la omisión del recurso de reposición por las entidades demandada y coadyuvante, que lo estiman preceptivo al tiempo de contestar a la demanda, y se pretende por el recurrente, en escrito de fecha 17 de octubre de 1984, que se tenga a la demandada decaída en su derecho a contestar a la demanda, solicitud que fue objeto de desestimación en Providencia de 23 de octubre del referido año. d) Llegándose al trámite de conclusiones se expone por el recurrente que, de acuerdo con el artículo 39.3 de la Ley Jurisprudencial, no viene obligado a la interposición del recurso de reposición.

Como secuela de lo consignado, el artículo 39.3 no elimina la obligación de interponer el recurso de reposición exigido por el artículo 52, ya que no está incluido en los supuestos de excepción del artículo 53, ya que éste solamente hace referencia al artículo 39 en cuanto a su apartado 1.º, esto es, las personas jurídicas a que se refiere el artículo 28.1.b), cuya eficacia postconstitucional ha dejado de tener realidad, pero no implica o supone que la facultad de impugnar una norma de carácter general de las definidas en dicho artículo 39.3, por la vía directa, esté exceptuada de la interposición previa del recurso de reposición, situación que es perfectamente establecida por la Sentencia citada del TC de 20 de mayo de 1986, exponiéndose en la misma su repudio en cuanto representa el no uso de la facultad que el artículo 62 de la LJCA asigna a los Tribunales o bien de la facultad objeto de previsión en el artículo 129.3, privándose al recurrente de esa oportunidad, con la consecuencia que ello podría comportar, pero lo evidente es que el uso de esos posibles remedios para la justificación del trámite de reposición puedan llegar a rehabilitar el plazo de su interposición una vez precluido, y, por otro lado, es preciso destacar que, acusada la omisión, la parte interesada pudo hacer uso de la facultad que le atribuye el artículo 129.1, y, por el contrario, no sólo omite toda referencia en su escrito de fecha 17 de octubre de 1984, en el que solicita se tenga a la parte demandada por decaída en su derecho, sino que en el escrito de conclusiones expresa su criterio de lo innecesario del recurso previo de reposición por aplicación del 39.3 LJCA, manteniendo una tesis que no responda a la orientación tradicional establecida por este Tribunal, no sólo preconstitucional, sino postconstitucional, criterio que, como hemos expuesto, tiene su confirmación en la Sentencia citada del TC, lo que nos conduce a la estimación de la causa de inadmisibilidad referida, con revocación de la Sentencia apelada y estimación del recurso de apelación interpuesto por la Generalidad de Cataluña y coadyuvante *Omnium Cultural*.» (Sentencia de 1 de febrero de 1988, Sala 3.ª, Ar. 643.)

XVII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Sentencia.*

Advertencia del Tribunal Supremo a la Administración sobre el alcance de la obligación constitucional de cumplir las sentencias (art. 118 CE), que no se limita al contenido singular de cada una, sino que impone el acatamiento de la jurisprudencia sentada para evitar litigios sobre supuestos análogos.

«La controversia objeto del presente proceso gira en torno a una incógnita que lo fue en principio, pero que dejó de serlo hace ya algún tiempo. En efecto, a lo largo de los cuatro últimos años tuvimos la oportunidad de afrontar y resolver idénticos problemas en catorce Sentencias, desde la que lleva fecha 30 de noviembre de 1984 hasta la dictada hace escasamente un mes, el 25 de enero de 1988. En un juego limpio procesal, como exige el artículo 11 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, ello hubiera debido dar lugar ya al desistimiento de la Administración General del Estado. El artículo 118 de nuestra Constitución proclama la obligación de cumplir las resoluciones judiciales, que no se agota ni puede agotarse en el contenido singular de cada una, sino en el acatamiento efectivo del criterio jurisprudencial que incorporan y su aplicación a supuestos iguales e incluso análogos, evitando así litigios innecesarios, que están siempre en la patología de la convivencia. Esto es más ostensible en el orden jurisdiccional en el cual nos encontramos ahora, por la función de ejemplaridad inherente al Poder, sujeto además en su actuación al principio de legalidad más estricta y por el *valor normativo de la doctrina legal* de este Tribunal Supremo que completa así el ordenamiento jurídico, según advierte el Código Civil (art. 1.6).» (*Sentencia de 1 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 1640.*)

B) *Procedimiento especial del artículo 118 LJCA.*

Inaplicación del procedimiento especial a los supuestos de impugnación de acuerdos locales previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Vid. VIII. ADMINISTRACIÓN LOCAL. B) *Impugnación de acuerdos.* (Auto de 9 de febrero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 866.)

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

Sentencias contradictorias acerca de la procedencia del procedimiento especial para anular, por inconstitucionales, actos incoadores de procedimiento sancionador carentes de cobertura legal.

Vid. XIV. SANCIONES. C) *Máquinas recreativas.* (*Sentencia de 9 de febrero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 1285.*)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Este Tribunal Supremo, interpretando el artículo 6 de la Ley 62/78, tiene declarado que los actos de trámite son susceptibles de impugnación en este

proceso, puesto que los derechos fundamentales de la persona pueden resultar lesionados tanto por un acto definitivo como de trámite, y, por ello, alegado por la Empresa operadora "O. S. A." que mediante el acuerdo de incoación de expediente sancionador se vulneraron los derechos contenidos en los artículos 25.1, 24.2 y 17 de la Constitución, no pueden excluirse de fiscalización judicial tales actos, cualquiera que sea su naturaleza, puesto que se les atribuye la infracción de unos derechos protegidos especialmente por la Constitución, y esto es lo que hizo la Sala de Audiencia al tramitar dicho procedimiento y terminarlo por Sentencia.

No obsta a lo anterior y no es menos cierto que el mero acuerdo de abrir seis expedientes sancionadores cuando se constata una infracción administrativa —entendida en su carácter propio como incumplimiento de las disposiciones que tutelan la materia— no es por sí solo susceptible de ocasionar las infracciones constitucionales que se denuncian y, por lo tanto, obró con acierto la Sala de instancia al examinar separadamente la orden de iniciación del expediente sancionador de las medidas cautelares de precinto de las seis máquinas de juego clase B que, según las actas levantadas —y no controvertido su contenido—, estaban instaladas y en funcionamiento no obstante carecer de guía de circulación de la Empresa operadora y de los preceptivos Bolcines de circulación, puesto que en todo caso, como dice la Sentencia apelada, los acuerdos de incoación como actos de mero trámite no implican ni prejuzgan un resultado sancionatorio, siendo su resultado incierto al poder terminar por sobreseimiento o sanción, en cuyo último supuesto tal acto sería el recurrible y, por ello, está condicionado a que las órdenes de precinto infrinjan los derechos constitucionales invocados, lo que reconoce implícitamente el apelante al limitar la pretensión de suspensión a las órdenes de precinto de las seis máquinas de juego.

La Sentencia descarta la lesión de derecho alguno fundamental por el precinto de las máquinas de juego por ser medida precautoria y provisional con cobertura en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que como tal ni causa perjuicios irreparables ni viola derechos amparados por las leyes, añadiendo que tal medida precautoria ni lesiona el principio de inocencia —que necesita de una resolución administrativa sancionadora— ni el artículo 25 de la Constitución, al tener su cobertura en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento citada, a lo que cabe añadir, como argumenta el Letrado del Estado, que el artículo 17 de la Constitución se refiere a la libertad y seguridad personal, y no jurídica, y que esta última, incluida en el artículo 9.3 de la Constitución, no es susceptible de amparo a través del procedimiento de la Ley 62/78.

Las pretensiones de la parte apelante se fundamentan, en esencia, en que la iniciación del expediente sancionador se realiza en aplicación del Reglamento de máquinas recreativas y de azar, aprobado por Real Decreto 1794/81, de 24 de julio, según las modificaciones realizadas en parte de su articulado por el Real Decreto 1895/83, de 6 de julio, este último anulado por este Tribunal Supremo, debiendo entenderse también nulo el Real Decreto 1794/81, al igual que todas las normas reglamentarias derivadas del Real Decreto-ley 16/77, de 25 de febrero, y, por tanto —sigue diciendo el apelante—, carece de soporte legal, puesto que no existe un derecho fundamental a no ser sancionado en aplicación de norma que no tenga cobertura legal para regular los tipos infractores y las conductas sancionables, y que lo mismo cabe decir de las medidas de precinto adoptadas, puesto que la motivación es el aseguramiento de una resolución en aplicación del Reglamento de máquinas recreativas en relación con el artículo 72 citado, Reglamento nulo porque tipifica infracciones y establece sanciones sin apoyo en norma con rango de Ley.

Tales alegaciones, que parten de la supuesta nulidad del Real Decreto 1794/1981 y de no ser aplicable el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ponen de manifiesto la improcedencia de este recurso, puesto que es doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, continuada por la que aquí resuelve, que el proceso instituido por la Ley 62/78 no permite examinar cualquier infracción del ordenamiento jurídico, puesto que dicho proceso está

configurado por la protección de los derechos fundamentales de la persona y su ámbito queda limitado a los casos en que el acto impugnado desconozca directamente los derechos delimitados en el artículo 53.2 de la Constitución, pero se desbordan sus límites cuando para estimar la alegada violación del principio constitucional invocado ha de analizarse previamente la legalidad del propio acto a través de preceptos legales de inferior rango jerárquico, en cuyo supuesto tales cuestiones sólo pueden ser enjuiciadas dentro del proceso ordinario o de los especiales que regula la Ley de 27 de diciembre de 1956.

No es procedente enjuiciar si la Sentencia apelada debió desestimar el recurso o, como hizo, declararla inadmisibile, puesto que de declararse la desestimación sería precisa la imposición a la parte apelante de las costas de primera instancia, no posible por aplicación del principio de la *reformatio in peius*, razones que llevan a la desestimación del recurso.» (*Sentencia de 9 de febrero de 1988, Sala 5.ª, Ar. 1287.*)

XVIII. RESPONSABILIDAD

A) Alcance.

1. *La responsabilidad de la Administración debe cubrir tan sólo responsabilidades no garantizadas por los ordenamientos sectoriales. No procede indemnizar al personal laboral de un centro sanitario público por mal funcionamiento del servicio al estar cubiertos los daños por la Seguridad Social.*

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

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

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

El Ayuntamiento demandado tiene que hacer frente a ese plus —del 30 al 50 por 100—, pero no por la vía de los preceptos citados de la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sino por la establecida en el mencionado artículo 93 del Texto Refundido de la Seguridad Social, en el que se dice —en el número 2 del mismo— "que la

responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior —parcialmente transcrito antes— recaerá directamente sobre el empresario infractor...”, que en este caso es el Ayuntamiento de Sevilla.

Precisamente esta Sala ha dictado recientemente una Sentencia —el 9 de febrero de 1987— en la que, análogamente a lo que aquí se razona, declara la incompatibilidad entre el percibo de las prestaciones que correspondan a la viuda de un militar en acto de servicio con otra más pretendida por la viuda en aquel proceso, invocando los mismos preceptos legales que la recurrente esgrime en el que aquí ocupa nuestra atención.» (*Sentencia de 26 de enero de 1988, Sala 4.ª, Ar. 431.*)

2. *Daños causados por las irregularidades habidas en la ejecución de un acto de liquidación tributaria que posteriormente es declarado nulo.*

«Es cierta la afirmación del Letrado del Estado de que el pretendido daño deriva de una liquidación tributaria girada y apremiada, pero hasta aquí, y solamente hasta aquí, se acepta este argumento, porque dicha liquidación tributaria: a) fue anulada por el Tribunal Económico-Administrativo Central, que declaró que no estaban sujetos a impuesto alguno los hechos relatados por la Inspección en el Acta levantada al recurrente; b) fue la propia Administración quien, a consecuencia del Acta, ordenó pasar el tanto de culpa a los Tribunales Ordinarios, por apreciar la posible existencia de un delito, lo que no apreciaron los Tribunales de Justicia, que absolviéron libremente al recurrente; c) ese proceso penal originó una dilación en la resolución de los recursos administrativos pendientes, que no fueron, además, resueltos con la misma celeridad y sin interrupción alguna con la que se siguió por la propia Administración el procedimiento de apremio. Buena prueba de ello es que la subasta se celebró el mes de abril del año 1982, mientras que la Sentencia de la Audiencia Provincial de León absolviendo al recurrente es de 9 de julio de 1982, y la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central anulando las liquidaciones es de fecha 24 de febrero de 1983, fecha en la que ya incluso se había otorgado escritura pública de venta de la finca a favor del adquirente en subasta; d) que no ha sido tenido en cuenta que al actor le habían sido embargadas un total de 75 fincas, todo ello como consecuencia de una deuda tributaria de 4.180.000 pesetas, cuyas fincas fueron valoradas hay que presumir que con la misma depreciación en la que lo fue la subastada, es decir, en menos de cinco veces su valor en subasta pública; e) que por escrito dirigido al Tesorero de la Delegación de Hacienda de León el día 20 de noviembre de 1981, pero presentado ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, el recurrente le informaba haber interpuesto reclamación económico-administrativa contra el acta que originó la liquidación, y que estimaba procedente paralizar el apremio hasta que se resolviera la reclamación, que era la número 180 de 1981, a cuyo escrito no obtuvo contestación alguna, e incluso no llegó a poder del Tesorero a quien iba dirigido, como pone de manifiesto el oficio que obra al folio 8 de la pieza tercera del expediente administrativo, según el cual el Tribunal Provincial, "por error, omisión o desconocimiento, no lo cursó —el escrito— al Jefe de la Dependencia a quien iba dirigido"; f) que, finalmente, consta que el recurrente se hallaba en situación de suspensión de pagos en autos del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León, número 192 de 1975.

Llegados al punto de obtener conclusiones de los razonamientos que anteceden, ha de sentarse que si la Administración procede a la ejecución, en condiciones normales, de un acto que posteriormente es anulado, causando con ello un daño, se expone a responder de los daños y perjuicios que esa ejecución origine y al abono de los correspondientes intereses, por lo que con mayor razón esa responsabilidad afecta a la ejecución de un acto, legal o ilegal, en condiciones irregulares. Es cuestión distinta que esa ejecución pueda

ser suspendida mediante el pago o paralizada mediante la prestación de una garantía, porque ello no afecta a la esfera de la responsabilidad, la cual va aparejada a la ejecución, no a su resultado, porque incluso la paralización del procedimiento mediante el pago o el afianzamiento originaría una responsabilidad patrimonial, en el caso de que los actos fueran anulados posteriormente. El *quantum* de la reparación sería inferior, pero su procedencia es, en ambos casos, evidente. Otra cosa distinta equivale a confundir el "qué" con el "cuánto". En el presente caso existen una serie de irregularidades formales que han impedido que la finca subastada fuera anunciada en su exacta realidad, y que pudieran participar en la subasta más personas que las que participaron, y pudiera tal vez obtenerse un valor más elevado y más aproximado a lo que parece ser el real. Además de esas irregularidades, la falta de advertencia a diversas personas de la posibilidad de evitar la subasta mediante el pago de la deuda hace que existan irregularidades en el actuar de la Administración, de las que derivan unos perjuicios evidentes en el "sí" aunque inciertos en el "cuánto", y esta Sala debe declararlo así, estimando en este punto la demanda interpuesta. No es obstáculo para ello que el deudor pudiera haber paralizado el procedimiento de apremio, ya que frente a este argumento se alza el hecho, cierto, real y no desmentido, de que la irregular tasación por la Administración del bien subastado —en calificación ciertamente benévola— fue superada en la subasta en más de cinco veces, pese a la también irregular descripción de los bienes subastados, en la que se omitieron una serie de elementos que, en caso de ser descritos y conocidos, hubieran podido dar lugar a obtener en la subasta mayor precio y, por ello, haber causado al recurrente o ningún perjuicio o un perjuicio menor, con la consiguiente obligación de indemnizar cantidad menor cuanto mayor hubiera sido el precio alcanzado, que lo aproximaría al valor real. En conclusión: no pueden aceptarse los argumentos de que los daños y perjuicios proceden de no haber paralizado el deudor la subasta, sino que éstos se han originado precisamente por haber ordenado la subasta de unos bienes, en pago de algo que nunca se debió, y como los actos que dieron lugar tanto a la declaración de la deuda como a la obligación de pagarla, en dinero o mediante el precio de los bienes del deudor, proceden de la Administración, todos cuantos perjuicios se deriven de estos actos son imputables a ella y por ella deben ser satisfechos, con independencia de que el deudor suspenda o no el procedimiento de apremio, ya que ello no elimina la relación de causa a efecto entre el acto y el daño, sino simplemente la suspende o la hace disminuir, puesto que la prestación de avales o garantías también produce elevados gastos, igualmente resarcibles, y si éstos son resarcibles, porque están en relación causal con los actos suspendidos, igualmente existe esa relación cuando existe imposibilidad material de prestar los avales o garantías, ya que si limitan los medios de defensa frente a los privilegios de la Administración, la consecuencia es que cuando mediante ello se causen perjuicios éstos deben de ser reparados.

Lo que antecede no significa que la demanda sea estimada en su totalidad; la Sala se limita a declarar el derecho del recurrente a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un funcionamiento anormal de un servicio público, aplazando para la ejecución de la Sentencia la cuantificación de la indemnización, que estará representada por el valor real del bien del que fue privado a consecuencia de la subasta, lo que no significa que se prive de valor alguno a su valoración, sino que ésta debe de ser contrastada y fijado el valor de los bienes por procedimiento objetivo y por técnico imparcial, no pudiendo reconocer ese carácter al Aparejador que valoró el inmueble a instancias del actor, y sin que, por otra parte, pueda aceptarse la valoración practicada por el Arquitecto Jefe del Servicio de Valoración Urbana de León, cuyo informe ha quedado desvirtuado por la realidad de la subasta, en la que dicho bien fue adquirido en más de cinco veces del valor en el que el referido técnico lo tasó; y, en todo caso, debiendo de procederse a la descripción de los elementos e instalaciones o construcciones existentes

en la finca, ya que hasta este momento nadie ha tachado de falsa la relación que de ellos se hace en el dictamen aportado por el recurrente.

Todo ello, se reitera, será precisado en el periodo de ejecución de Sentencia, como permite hacerlo el artículo 84.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción.» (*Sentencia de 2 de febrero de 1988, Sala 3.ª, Ar. 645.*)

B) Requisitos. *Se considera funcionamiento anormal del servicio la falta de prevención para evitar quemaduras a una participante en la fiesta de «dragones» organizada por un Ayuntamiento.*

«Como es bien sabido, son requisitos esenciales para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, a tenor de lo dispuesto en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133 de su Reglamento, aplicables en el campo de la Administración Local, los siguientes: a) *lesión antijurídica en el patrimonio de una persona, que produzca un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado*; b) *relación o nexo de casualidad entre la conducta administrativa y el daño*; c) *que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*, es decir, que se produzca en el marco y en virtud del hacer y actuar de la Administración como ente de gestión pública, sujeto al Derecho Administrativo; el Ayuntamiento demandado acepta la concurrencia del primero de los elementos enunciados, en cuanto la actora sufrió en su integridad personal un menoscabo que no estaba obligada a soportar, e igualmente admite que las quemaduras padecidas por la recurrente se produjeron cuando ésta asistía al correfocs o desfile de dracs o dragones, acto festivo organizado por la Corporación municipal como uno más de los programados con ocasión de la celebración de las fiestas de la Merced de esta ciudad; niega, en cambio, y en esto basa su defensa la Administración, la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión sufrida por la demandante, por entender que se produjo la ruptura del nexo causal en virtud de su propia actuación culposa, al sostener en sus manos una caja abierta de fuegos de artificio, o, en su caso, de la culpa de un tercero, la persona que le entregó dicha caja, de quien no consta, a juicio de la demandada, que fuera funcionario del Ayuntamiento.

La actora ha alegado en lo sustancial que las quemaduras por ella padecidas se le produjeron cuando asistía como espectadora al correfocs, al caer una de las chispas que salían de las fauces de uno de los dragones que integraban el desfile en una caja abierta de petardos que portaba y que le había sido entregada momentos antes por una de las personas que participaban en la organización del acto, y desencadenarse como consecuencia de ello una deflagración que ocasionó el incendio de sus ropas; tales hechos han quedado acreditados en virtud de las pruebas documental y testifical que se han practicado, con una excepción, pues no aparece concluyentemente de lo actuado que la perjudicada tuviera en sus manos recipiente alguno ni quién se lo había entregado, a cuyo respecto sólo contamos con su propio relato, y precisamente por ello no cabe aceptarlo sólo en cuanto aparezca como perjudicial para su interés y no en lo que la beneficie, como pretende hacer la Administración; en consecuencia, se ha de admitir que la mencionada caja fue entregada a la demandante por una persona integrada en la organización del correfocs, que ostentaba, por tanto, la condición de funcionario público en sentido lato, en cuanto ejercía realmente funciones públicas, aun cuando fuera con carácter ocasional, con lo que no se produciría por su intervención, incluso si fuera culposa, la ruptura del nexo causal; en todo caso sería a la parte demandada, que esté alegando un hecho impeditivo de la acción, a quien incumbiría probar, conforme a lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil, que los fuegos de artificio fueron traídos al desfile por la actora o le fueron entregados por otro miembro del público asistente al festejo.

No obstante que con lo antes dicho bastaría para desestimar la excepción formulada, no está de más afirmar, a fin de agotar el tema, que, aun cuando

fueran ciertos los hechos alegados por la parte demandada, *no se produciría la ruptura del nexo de causalidad, ya que no cabe considerar como negligente la conducta de quien acude a un correfocs, festejo popular en el que el fuego juega papel esencial, portando petardos y objetos de pirotecnia a fin de aumentar mediante su lanzamiento el jolgorio y la bulla de los asistentes, que es de lo que en definitiva se trata en tales actos lúdicos, si en cambio ha de ser tenida como culposa la conducta de la Administración, que no previno los medios necesarios para evitar lo acaecido, que evidentemente no puede ser achacado a un suceso imprevisible y externo al propio marco del servicio público, cuyo funcionamiento ha de ser reputado como anormal, y que ello no es conclusión arbitraria de la Sala lo demuestra la declaración de uno de los testigos que depusieron en fase de prueba, doblemente cualificado en sus condiciones de Letrado e integrante de una de las comparsas que desfilaban en el correfocs, el cual manifestó que la procesión se llevó a cabo a través de calles estrechas y atestadas de público y con total ausencia de agentes de la Autoridad; es claro, por tanto, que si la Administración creó con su actuar una situación de riesgo y no puso los medios precisos para evitar menoscabos en el patrimonio de las personas, una al menos de las cuales sufrió lesión en su integridad física como consecuencia directa de tal omisión, ha de ser declarada la responsabilidad patrimonial de aquélla.» (Sentencia de 24 de noviembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9306.)*

C) *Nexo causal.*

No lo rompe el suicida en un hospital psiquiátrico en el acto de quitarse la vida. Culpa «in vigilando» de la Administración.

«Abundando en lo razonado por el Tribunal de primera instancia en los fundamentos transcritos, que esta Sala acepta y hace suyos en lo esencial, puede incluso añadirse lo siguiente: a) El razonamiento hecho por el Letrado de la Diputación Provincial de Badajoz, tendente a demostrar la rotura del nexo causal en base a que el suicidio se origina por la única y exclusiva voluntad del suicida, es muy probable que mereciera el rechazo de los especialistas en psiquiatría, y, desde luego, no aparece avalada por ninguno de ellos en este proceso. Pero, en todo caso, *el nexo causal se mantiene intacto desde el punto y hora en que, tal como consta probado que se produjeron los hechos, es evidente que la Administración ha incurrido por lo menos en culpa "in vigilando", y es la negligente vigilancia de aquélla la que ha permitido el desencadenamiento de ese resultado de muerte. Por lo que es evidente también que el servicio de vigilancia al acogido en el hospital psiquiátrico ha funcionado anormalmente, con lo que estamos claramente ante el supuesto de responsabilidad extracontractual, que incluso está incorporado ya hoy al artículo 106.2 de la vigente Constitución de 1978.* b) En cuanto a la afirmación que, con visos de profecía, se hace por el mismo Letrado de que seguirán ocurriendo suicidios en establecimientos de este tipo, no parece que pueda ser tomado en consideración a efectos de eludir el principio de responsabilidad extracontractual en este caso concreto, ni tampoco en esos que anuncia como de producción inevitable, siempre que el resultado de muerte deriva del funcionamiento del servicio cuya prestación tiene encomendada el hospital psiquiátrico.» (Sentencia de 10 de diciembre de 1987, Sala 4.ª, Ar. 9475.)

D) *Cláusula concesional de exoneración.*

Vid. IV. DOMINIO PÚBLICO. Concesión demanial. (Sentencia de 30 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 1744.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

