

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Criterio material en relación a las normas básicas.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Nulidad. Dictamen del Consejo de Estado.* B) *Desviación de poder.* C) *Ejecutividad:* 1. Suspensión parcial de un acuerdo denegatorio de licencia. 2. Suspensión de acuerdo suspensorio. 3. Perjuicios graves para el interés general.—III. CONTRATOS: A) *Riesgo imprevisible.* B) *Pago. Transmisión de certificaciones de obra mediante endoso.*—IV. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: A) *Competencias. Ambito territorial.* B) *Decretos de transferencias.*—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Autonomía local:* 1. Poderes estatales de coordinación. 2. Artículo 186 de LS no se opone a la LBRL. 3. Ambito competencial. Nulidad de acuerdo municipal denunciando la Ley Antiterrorista. 4. Aprobación de planes urbanísticos. 5. Directrices de planeamiento aprobadas por COPLACO.—VI. COLEGIOS PROFESIONALES: *Procedimiento de creación.*—VII. SERVICIO PÚBLICO: *Eficacia del aumento de tarifas.*—VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES: A) *Principio de igualdad:* 1. Exclusión de las mujeres del acceso a la Academia General del Aire. 2. Acceso a la Función Pública. 3. Condición de empadronado considerada como mérito. B) *Derecho de manifestación. Ilegalidad por falta de notificación a la Administración.* C) *Extranjeros:* 1. Carácter sancionador de la expulsión contemporánea a la denegación del permiso de residencia. 2. Necesidad de requerir la legalización antes de proceder a la expulsión de un extranjero.—IX. SANCIONES: 1. Principio de proporcionalidad. 2. Extranjeros.—X. URBANISMO: A) *Planeamiento:* 1. Directrices de planeamiento de COPLACO. 2. Validez del artículo 186 de la LS. 3. Plan General. Puede incluir medidas para favorecer en suelo urbano las viviendas de protección oficial. 4. Proyectos de urbanización. B) *Disciplina:* Determinación de la cuantía de la sanción en relación al valor total de las obras.—XI. RECURSOS ADMINISTRATIVOS: «*Solve et repete*».—XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Actos impugnables.* B) *Desistimiento:* Distinción de la figura del «apartamiento». C) *Sentencia:* 1. Se niega la posibilidad de una sentencia interpretativa. 2. Eficacia de las sentencias. 3. Ejecución. D) *Costas.* E) *Ley de 26 de diciembre de 1978:* Actos impugnables.—XIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Lesión resarcible.* B) *Imputación.* C) *Nexo causal:* 1. Intervención de terceros. 2. Muerte de un recluso por otros compañeros. 3. Enfermo que abandona un centro psiquiátrico. D) *Fuerza mayor.*

I. FUENTES

Normas básicas. En aplicación del criterio material, reconoce la naturaleza de norma básica al Real Decreto 137/1984, sobre Estructuras básicas de salud.

«Si bien en lo que atañe al supuesto de autos faltaba en el momento de la interposición del recurso, y con más razón en el momento de la publicación de la disposición impugnada, unas normas básicas postconstitucionales con rango de Ley, pues las existentes con este rango databan de la Ley de 25 de

noviembre de 1944, de Bases de la Sanidad Nacional, y las posteriores a la Constitución del Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, no cabe olvidar que éste, como norma emanada del Gobierno en uso de una potestad reglamentaria, puede cumplir, a los efectos del artículo 149.1 de la Constitución española, con los requisitos precisos para integrar la noción material de legislación básica, al margen del rango formal de la norma y del órgano autor de ella, noción material de las bases que se proclama con claridad en las sentencias mencionadas del Tribunal Constitucional, en el sentido de que lo esencial del concepto de bases es su contenido, por lo que nada debe obstar a que se admita que dicho Real Decreto contiene "normas básicas" a los efectos de referencia, aunque ha de precisarse con claridad que tanto aquéllas como las normas emanadas de las Comunidades Autónomas antes de que el legislador estatal establezca las bases legales que corresponda, en cuanto que puedan quedar invalidadas por estas últimas cuando se establezcan, nacen ya afectadas de una cierta provisionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981).» (Sentencia de 26 de julio de 1984, Sala 4.ª, Ar. 6329.)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad.

El dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento del artículo 109 LPA sólo es vinculante cuando es contrario a la nulidad de pleno derecho pretendida.

«Para que por la Administración se pueda por medio del procedimiento de revisión establecido en el precitado artículo 109, tanto lo haya iniciado de oficio como a instancia de parte interesada, declarar la nulidad de sus actos administrativos o disposiciones generales, además de que aquéllos resulten ser nulos de pleno derecho por incurrir en alguno de los casos señalados en el párrafo primero del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo o de que éstas, conforme al párrafo segundo del mismo artículo, lo resulten por comprenderse en ellos o en los previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y de que el ejercicio de la facultad no obste ninguno de los impedimentos relacionados en el artículo 112 de dicha Ley Procedimental, es de todo punto imprescindible que al respecto haya informado el Consejo de Estado y que su dictamen sea favorable a la nulidad, al extremo de vincular el informe contrario a la Administración, que no podrá declararla cuando el órgano consultivo considere que el acto o disposición no son nulos de pleno derecho, sin que ello implique que deba declararla forzosamente en el otro supuesto. Por tanto, en un enjuiciamiento del acto en el presente proceso recurrido, independientemente de que el dictamen del Consejo de Estado en su informe de 12 de julio de 1984, unido a los autos, pudiera ser desacertado al estimar improcedente la declaración de nulidad del Plan Parcial de Corralejo, en el Municipio de La Oliva, y del Proyecto de Urbanización formulado para llevarlo a la práctica, cual el apelante sostiene, necesariamente ha de concluirse en que el mismo, en cuanto vinculante y obstativo al respecto, únicamente podría dar lugar por parte de la sucesivamente Junta y Comunidad Autónoma de Canarias —la que poco consecuente con lo que hubiera podido acordar se allanó a la demanda, y, ahora, de nuevo inconsecuente, pide la desestimación de la apelación y la confirmación de la sentencia recurrida— a un acto denegatorio de la nulidad instada por el Cabildo Insular de Fuerteventura, coincidente con el que éste estima presuntamente producido por silencio administrativo negativo, el que aparece, por consiguiente, plenamente ajustado a Derecho en lo formal y material del particular Ordenamiento que lo rige.» (Sentencia de 1 de septiembre de 1983, Sala 4.ª, Ar. 7216.)

B) *Desviación de poder.*

Se aprecia desviación de poder en la resolución de un concurso para la contratación de profesorado universitario que se ajusta al Informe del Director del Departamento interesado y en el que se varía la propuesta inicial por méritos, añadiendo otras circunstancias tales como la vinculación a la Facultad y la proximidad a su línea de investigación.

«En cuanto a la desviación de poder, igualmente se dan por reproducidos los fundamentos de la resolución apelada, acerca de que la actuación de la Comisión de Contratación, de 10 de octubre de 1984 y 14 de marzo de 1985, al haber seguido el informe del Director del Departamento que varió la propuesta inicial de nombramientos por méritos, añadiendo otras circunstancias no previstas en la convocatoria, alejadas de esa idea esencial del mérito y capacidad, concernientes a la vinculación docente y discente a la Facultad convocante y proximidad a su línea de investigación se desvió de los fines públicos que debían inspirar las potestades administrativas que utilizaba, incurriendo en la ilegalidad correctamente apreciada por la Audiencia de Oviedo.» (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Sala 5.ª, Ar. 6954.)

C) *Ejecutividad.*

1. *Supuesto en el que la Jurisdicción declara la suspensión parcial de la ejecutividad de un acuerdo denegatorio de licencia de obras, a efecto de que pueda procederse a la urgente reparación de una construcción cuyo estado presenta riesgos para terceros.*

«En diversas ocasiones, esta Sala se ha referido a la interpretación auténtica que respecto a la institución de la suspensión y a los criterios establecidos en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional ofrece el párrafo primero del apartado 7 de la Sección V de la Exposición de Motivos de dicha Ley. Efectivamente, ha de tenerse en cuenta en todo caso un *criterio de comparación y ponderación de las lesivas consecuencias que para los respectivos intereses en pugna se han de seguir con tal cautelar medida*. En el caso que nos ocupa se solicita por Renfe licencia para reparación de cubiertas, pintura y una mejor ubicación de los servicios públicos y taquillas en la estación de Córdoba. El Ayuntamiento deniega la licencia por estimar que el edificio se encuentra en situación legal de fuera de ordenación y porque tales solicitadas obras suponen consolidación, modernización e incremento de valor de expropiación del inmueble. En el recurso de reposición, desestimado por silencio administrativo, Renfe hace hincapié en el mal estado de las cubiertas, hasta tal punto que ello supone un grave riesgo y aun peligro para los usuarios del ferrocarril. Y esta circunstancia es la que, indudablemente, ha tenido en cuenta la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla para dictar el auto de suspensión que aquí se recurre. Buena prueba de ello es que *la suspensión se extiende tan sólo a que pueda llevarse a efecto la urgente reparación de tal cubierta y sin que afecte, por tanto, al resto del acto administrativo que deniega la licencia de obras. No estamos, por tanto, en presencia de un caso como el contemplado por el Auto de esta Sala de 22 de febrero de 1985, argüido por el Ayuntamiento recurrente. En la ponderación de las lesivas consecuencias a que hacemos referencia, la evitación de daños a las personas inclina la decisión de esta Sala en el sentido de confirmar el auto apelado; sin expresa condena en las costas.*» (Auto de 23 de septiembre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7246.)

2. Suspensión.

Posibilidad de acordar la suspensión del acuerdo municipal de suspender la eficacia de una licencia.

«Plantea esta pieza separada como cuestión fundamental la de determinar si el acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia urbanística —artículos 186 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 26 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 4/1984, de 10 de febrero—, que da lugar a la incoación del proceso especial del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, puede o no ser suspendido mediante la aplicación del artículo 122.2 de dicha Ley.

Importa ante todo subrayar que *el acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia es ante todo un acto administrativo inmediatamente ejecutivo, pero además y mediante su traslado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo va a dar vida a un proceso, lo que en definitiva significa que, en último término, dicho acuerdo constituye una pretensión de anulación de la licencia formulada por un órgano administrativo y dirigida a un órgano jurisdiccional.*

Ya en este punto será de advertir que *la literalidad de los artículos 118 y 122.2 de la Ley Jurisdiccional no parece permitir la suspensión jurisdiccional del acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia, pues: a) el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional está pensado para la suspensión del acto "objeto" del recurso contencioso-administrativo, y el acuerdo administrativo que ahora se examina no es el acto impugnado, sino, como se ha dicho, la propia pretensión de impugnación; b) el proceso del artículo 118 de la indicada Ley termina mediante sentencia —apartado quinto— por la que se "levanta" la suspensión o se anula el acto a que la misma se refiere, de donde deriva que en principio la decisión jurisdiccional sobre la suspensión acordada por la Administración ha de integrar precisamente y en su caso el contenido de la sentencia.*

Pero la interpretación literal de las normas es siempre un mero punto de partida a completar con otros criterios —art. 3.º, 1, del Título Preliminar del Código Civil—, y muy especialmente, en lo que ahora importa, con un criterio sistemático que atienda al contexto del precepto, concretamente al contexto supremo y dominante de toda regla jurídica que es la Constitución: éste es el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico que, reiteradamente proclamado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional como una consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico y de su estructura jerárquica, hoy aparece ya expresado en el artículo 5.º, 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los preceptos relativos a los derechos fundamentales han de ser interpretados en el sentido más favorable a la efectividad de su ejercicio, y así, por tanto, el artículo 24.1 de la Constitución ha de desplegar sus efectos en el sentido que mejor habilite una tutela judicial de los derechos e intereses legítimos. Otro tanto podría decirse del artículo 106.1 de la Constitución, que ha de provocar un control jurisdiccional lo más intenso posible de la actuación administrativa: el control ha de configurarse de suerte que recaiga sobre toda la actuación de la Administración —"cláusula regia" del Estado de Derecho— y se refiera también a la ejecutividad de los actos administrativos, control este último que ha de adelantarse en el tiempo al que se verifica en la sentencia.

Dentro del clima constitucional que acaba de esbozarse, importa señalar que el acuerdo administrativo de suspensión de los efectos de una licencia, como se ha visto, es en un primer aspecto un acto administrativo que afecta a la ejecutividad de otro que es el realmente impugnado. Por tanto, cuando se trata del tema de la suspensión del acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia, en realidad se está planteando la cuestión del mantenimiento de la suspensión de los efectos del acto impugnado, suspensión ésta que es la prevista en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional.

Por otra parte, el artículo 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que contempla una impugnación de los actos de los entes locales formulada por el Estado y las Comunidades Autónomas, prevé una suspensión inmediata "en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación" a acordar por el Tribunal, y esta suspensión de origen jurisdiccional puede, sin embargo, ser alzada por el Tribunal a instancia de la Entidad local. Pues bien, *si una suspensión decidida por un órgano jurisdiccional es susceptible de ser alzada con anterioridad a la sentencia, con mayor razón podrá correr la misma suerte una suspensión acordada por un órgano administrativo.*

En la misma línea, y más concretamente, podría invocarse, ya en tono menor, el artículo 27 de la ya citada Ley madrileña 4/1984, cuyo artículo 26 da origen a estos autos. Dicho artículo 27 prescribe que hasta tanto el Tribunal no dicte sentencia continuará "en su caso" la paralización de las obras: puede entenderse que la expresión entrecomillada alude a la posibilidad de un alzamiento de la paralización de las obras decidido por el Tribunal con anterioridad a la sentencia.

En definitiva, *la intensificación del control jurisdiccional de la ejecutividad del acto administrativo que deriva de la Constitución permite afirmar, en el conjunto de las reflexiones que recogidas quedan, la viabilidad de que los Tribunales decidan la suspensión del acuerdo de suspensión de los efectos de una licencia en cuanto tal acuerdo afecta a la ejecutividad del acto impugnado —que es la licencia cuyos efectos suspendió la Administración— sin rozar la virtualidad de dicho acuerdo en cuanto implica una pretensión de anulación.*

Cuestión distinta será la de la gran dificultad que se aprecia para que realmente se produzca tal suspensión, como deriva de lo que seguidamente se indica.» (Auto de 15 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 6078.)

3. *Supuesto en que el Tribunal Supremo revoca la suspensión de la ejecutividad acordada en primera instancia, por derivarse perjuicios graves para el interés general. Orden municipal de cese de actividad de fabricación de cemento en suelo no urbanizable.*

«Si bien a tenor de lo prescrito en el artículo 7.º de la Ley 62/78, en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo tramitado conforme a las reglas de procedimiento establecidas en la Sección 2.ª de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto impugnado, la Sala, ante quien se formule esta petición, no acordará la suspensión solicitada cuando se justifique que de ésta pueden derivarse perjuicios graves para el interés general, que es lo que puede ocurrir si se suspende la efectividad del Acuerdo del Ayuntamiento de Jerez de 24 de marzo de 1987, que ordena el cese de la actividad de la fabricación de hormigón que se viene realizando por la Entidad P. H. J., S. L., en la carretera Lomo Pardo-Estella del Marqués; actividad que se ejerce sin la preceptiva licencia municipal para el funcionamiento de la industria de referencia, la cual se encuentra emplazada en terrenos clasificados por el Plan General de Ordenación Urbana de Jerez como no urbanizables, "produciendo deterioro del medio ambiente y del suelo agrícola", según informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Jerez, que recoge lo que al respecto consta en el Acuerdo de dicho Ayuntamiento que denegó la licencia solicitada por P. H. J., S. L., para la instalación de una planta de hormigón, pese a lo cual desarrolla la actividad cuyo cese ordena, con la clausura del establecimiento en que se desarrolla, el Acuerdo del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, cuya efectividad suspende el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, de fecha 25 de mayo de 1987, recaído en pieza separada de suspensión tramitada en el recurso contencioso-administrativo núm. 1325/87. Resolución que

por lo antes dicho debe ser íntegramente revocada al acreditarse la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés público con la actividad cuyo cese con clausura del establecimiento se ordena.» (*Auto de 24 de octubre de 1988, Sala 5.ª, Ar. 7739.*)

III. CONTRATOS

A) *Riesgo imprevisible.*

Supuesto en que se aplica la doctrina del riesgo imprevisible para mantener el equilibrio de un contrato en el que no se había pactado revisión de precios.

«Además de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que por su correcta argumentación y adecuación al Ordenamiento jurídico vigente se aceptan en la presente, se ha de considerar que si bien la representación de la Administración demandada-apelante alega la disconformidad a derecho de la misma, por no tener en cuenta las cláusulas estrictas del contrato al extender al mismo la aplicación de una revisión de precios no prevista en él, sin embargo, reconoce la causa aducida de contrario, de que ello fue debido a la corta duración del mismo, que no hacía suponer su necesidad; por otra parte, es un hecho demostrado y admitido por ambas partes que en curso de la ejecución del contrato se produjo una brusca e inesperada subida en el mercado de los precios de los "crudos", de cuya materia se obtienen los "ligantes asfálticos" y habían de emplearse en las obras contratadas de referencia, cuyos precios subieron en un 50 por 100 en tan sólo cuatro meses —diciembre de 1980 a marzo de 1981—, lo que supuso, por imprevisible, una situación de crisis en la economía de aquellas contrataciones en las que los aludidos productos tenían una importancia de primer orden, en las cuales vinieron a incidir las Ordenes Ministeriales de 4 de diciembre de 1980 —publicada en el "Boletín Oficial del Estado" del 15 siguiente— y de 13 de marzo de 1981 —publicada en el "Boletín Oficial del Estado" del 16 siguiente—; cuyos actos administrativos, respondiendo a un interés público para paliar en lo posible la repercusión en la economía nacional de la aludida incidencia del mercado internacional, elevaron los precios de dichos productos en la forma y en la cuantía expresada, y, al ser estas disposiciones generales administrativas, consecuencia de situaciones inesperadas e imprevisas, razonablemente no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la contratación, excediendo de los límites ordinarios del "riesgo y ventura" que en las obligaciones del contratista se prevén en aquéllas; de ahí que sea de correcta aplicación al supuesto que ahora nos ocupa, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 1979, mantenida en un supuesto esencialmente semejante al que ahora nos ocupa, que legitima una revisión de precios, no estipulada en el contrato —falta de estipulación que en el caso presente se encuentra justificada por su corta duración—, por la razón de que, al no darle esa solución jurídica, ello llevaría a la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, por motivo de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que escapan a la capacidad de previsión de éste; y si bien es cierto que ello podría dar lugar a la rescisión del contrato, a no ser que se hicieran soportar tales circunstancias con las consiguientes pérdidas económicas exclusivamente en el contratista, lo que no sería equitativo ni justo, sin distribuir dicha carga económica entre toda la comunidad de ciudadanos que han de verse relativamente favorecidos por el aumento correlativo de tales productos en el mercado nacional, producidos por las Ordenes Ministeriales citadas y a los fines de interés público expuesto; por ello, la aludida Sentencia de 12 de diciembre de 1979, acertando las posibles soluciones y com-

paginando los diversos intereses en juego en tal situación, acude, para legitimar la revisión de precios en tales circunstancias, a la figura jurídico-doctrinal de la "cláusula *rebus sic stantibus*" o a la de "riesgo imprevisible", ya recogidas en sus anteriores Sentencias de 5 de junio y 4 de julio de 1951, el tener ambas una misma finalidad, cual es la del "restablecimiento del equilibrio financiero del contratista" —Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1951—; pues dichas cláusulas y criterios doctrinales pueden legitimar una "revisión de precios", no pactada, cuando en las vicisitudes de la contratación concurren unas circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afecten gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables; pues frente al principio general *pacta sunt servanda* llevado a sus últimos y exagerados términos —*sumum ius summa injuria*—, en aras de una formalística "seguridad jurídica", se impone en el Derecho administrativo el principio del "valor superior de la justicia" proclamado en el párrafo 1.º de la Constitución española de 1978, ya que no se debe desconocer que en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aquélla debe actuar en el campo estricto del Derecho administrativo, más que en el de sus intereses patrimoniales, estando dichas relaciones jurídicas marcadamente influenciadas por los principios de "equidad" y "buena fe", los cuales exigen mitigar la excesiva, y por lo tanto antijurídica, onerosidad no necesaria de las prestaciones de los ciudadanos, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en sus situaciones jurídicas, cual ocurre en el caso presente que nos ocupa.

Es razonable pensar que parecidos o idénticos razonamientos a los anteriormente expuestos hubieron de pesar en la producción por la Administración de su Circular núm. 282/1981 y en el Dictamen del Pleno del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo de 12 de enero de 1984, que la representación de la parte apelada en sus escritos de alegaciones apunta; donde reconociendo la grave incidencia en las relaciones contractuales —como la de actual referencia— de las subidas extraordinarias e imprevistas de los precios de los productos de donde se obtienen los "ligantes asfálticos", y aceptando que ello forzosamente habría de introducir desequilibrios económicos en los contratos administrativos, explicando en el Preámbulo de dicha Circular que lo dispuesto en ella estaba destinado "aun a aquellos contratos en los que la rescisión de precios les resulta aplicable", de donde se infiere que la aludida Circular va principalmente dirigida a aquellas situaciones jurídico-contractuales, como la del caso presente, en las que no se pactó expresamente la "revisión de precios"; pues bien, aun estando la Circular núm. 282/1981 dirigida a los Organos administrativos, para ser utilizada y aplicada por sus funcionarios, no pudiendo vulnerar normas jurídicas de rango superior como es la Ley de Contratos del Estado —posición del señor Letrado del Estado en esta apelación—, no es menos cierto que a través de ella se puede interpretar cuál es la voluntad de la Administración ante la concurrencia de las circunstancias imprevisibles que han sobrevenido en las vicisitudes de la actual contratación y cuál ha de ser práctica solución, lo que no contradice a ninguna normativa de rango superior, máxime cuando ésta faculta a la Administración para interpretar el alcance y contenido de los contratos administrativos; por lo que reconociendo la representación de la Administración apelante que dicha Circular es "para utilización y aplicación por los funcionarios" a los que va dirigida, no se acierta a comprender jurídicamente por qué no se utiliza y aplica en el supuesto de actual referencia.» (*Sentencia de 16 de septiembre de 1988, Sala 3.ª, Ar. 7046.*)

B) Pago.

Posibilidad de transmisión de certificaciones de obra mediante endoso. El mandamiento de pago debe efectuarse en favor del cesionario, una vez la Administración tenga conocimiento del endoso.

«Como presupuestos esenciales y básicos es necesario tener presente, y partir, tanto de aquellos que integran la premisa mayor o jurídica, como menor o fáctica, que permitieran establecer la consecuencia adecuada y objeto de plasmación final en este proceso; y así, de un lado, la transmisibilidad del crédito, representada por la certificación de obra, es tema indiscutido como derivación de los principios que informan el Derecho de obligación y, de modo específico, el artículo 145.2 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, disintiendo la parte recurrente únicamente en cuanto al sistema de plasmación de la cesión del crédito, elevada a efecto en forma de endoso, que estima peculiar y propio de otros "títulos de crédito", máxime cuando se da el concurso del documento, entre cedente y cesionario, que implica la aceptación de establecimiento de un régimen cautelar entre los sindicatos, respecto del buen fin de la operación realizada que se concierta y plasma en la forma indicada bajo la modalidad de "valor recibido", debiéndose destacar dos datos que asignan un efecto positivo a esa forma traslativa: la inexistencia de norma prohibitiva, frente al principio espiritualista que consagra el artículo 1254 del Código Civil, en relación con el 1203, 3.º, y de otro, en cuanto que se tomó nota por la Intervención de la subrogación de acreedor, dándose cumplimiento a lo prevenido en el artículo 147.2 del Reglamento General de Contratación del Estado, presupuestos que son recogidos en la sentencia apelada, sin que esta consecuencia pueda quebrar, como se pretende, la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10-12-1981.

La cesión de un crédito como negocio jurídico causal concertado entre las dos partes interesadas —acreedora y cesionaria— se perfecciona entre las mismas por el mero consentimiento sin que se requiera la adhesión del deudor cedido, respondiendo a esta concepción el artículo 145, párrafo 2, del Reglamento cuando establece "las certificaciones que se expedirán precisamente a nombre del contratista serán transmisibles y pignoraibles conforme a Derecho", exponiendo a continuación "una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión de aquella, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, indicando también el nombre del cedente". Si como consecuencia de lo consignado se deduce, de una manera clara y terminante, que la cesión es una *Res inter alios* respecto de terceros, y terceros son tanto el deudor cedido, en el supuesto concreto la Administración, como los acreedores del cedente y sus sucesores, para los cuales tienen perfecto derecho a considerar al cedente como el único y verdadero acreedor, se obvia con la notificación de la cesión al deudor. Así, la salvedad referida en orden a la cesión de las certificaciones de obras está en la frase segunda del párrafo segundo del artículo 145 del Reglamento: Una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión de aquéllas; lo que hace que urge la inmediata consecuencia del actuar reglado en orden a la efectividad de la transmisión de crédito; "el mandamiento de pago *habrá de ser expedido a favor del cesionario*", lo que comporta la consecuencia subrogatoria del acreedor cesionario en lugar del cedente, y, como esa situación se ha producido, la conclusión adecuada a derecho es la establecida por la sentencia apelada, significándose que las objeciones que por el representante de la Administración se formulan en orden al documento del que se deducen las garantías de la cesión a favor del cesionario, son las propias y lógicas de la cesión en cuanto que implican las garantías del cedente, tanto respecto de la *veritas nominis* como de la *cessio pro solvendo* en cuanto no libera al cedente sino cuando el

cesionario hubiera percibido el importe del crédito cedido, que fue anticipadamente percibido por el cedente, como lo revela la cláusula "valor percibido" el *deudor cedido*; debe realizar la prestación a favor del cesionario a partir de la notificación —conocimiento, según el Reglamento de Contratación del Estado— librando el mandamiento de pago a su favor.

Esa misma conclusión positiva, implícitamente reconocida por la Administración, se manifiesta en cuanto al abono de intereses respecto de la cantidad adeudada representada por las dos certificaciones cedidas en estricta aplicación del artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado, lo que nos conduce a la confirmación de la sentencia apelada en todos sus extremos, sin que quepa apreciar la concurrencia de causas o motivos suficientes para hacer especial imposición en cuanto a las costas de esta apelación a parte determinada.» (*Sentencia de 6 de septiembre de 1988, Sala 3.ª, Ar. 6964.*)

IV. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Competencias. Ambito territorial.

Se declara la nulidad, por incompetencia, de las sanciones impuestas por la Administración autonómica en virtud de infracciones cometidas en su territorio por personas domiciliadas fuera del mismo, sobre la base de las limitaciones comprendidas en el Decreto preautonómico de transferencia.

«El único fundamento que la actora invoca de su pretensión anulatoria es la incompetencia de los órganos de la Administración Autonómica de Castilla y León para la imposición de la sanción impugnada, y aunque evidentemente no está muy acertada ni a la hora de invocar coberturas normativas específicas ni a la de fijar consecuencias del vicio que invoca, esta Sala, por ser éste uno de los llamados "vicios de orden público", determinante de una nulidad de pleno derecho —a tenor del art. 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo—, puede apreciar incluso de oficio su existencia y acordar las medidas procedentes si concurren, como ha declarado una muy reiterada jurisprudencia, que por conocida nos exime de su cita concreta.

Como señala la Letrada de la Comunidad Autónoma en su contestación a la demanda, la norma de específica aplicación al caso concreto, en cuanto da contenido y desarrollo a los artículos 51 de la Constitución y 28.4 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, es el Real Decreto 2353/82, de 24 de julio, el cual en el apartado B.1.e) de su Anexo I dispone que se transfieren al Consejo General de Castilla y León "las facultades sancionadoras reconocidas al Ente Preautonómico... siempre que las infracciones se consumaren en su ámbito territorial y se cometieren por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el mismo", añadiendo en el apartado 2.D.c) del mismo Anexo: "En los casos en que las infracciones no se consumaren en el ámbito territorial del Ente Preautonómico a que se refiere este acuerdo o aquéllas se refieran a personas físicas o jurídicas no domiciliadas en el mismo, el Ente deberá inhibirse en favor de los órganos competentes de la Administración Central del Estado antes de dictar el acuerdo de incoación del correspondiente expediente, debiendo de remitir al Ministerio de Sanidad y Consumo cuantos datos, antecedentes e información obren en su poder." Ante la claridad de estos textos normativos y el dato incuestionado del domicilio de la sancionada en Barcelona, calle Balmes, núm. 103, procede acordar la nulidad de actuaciones a partir —y con inclusión— del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, debiendo la Consejería de Bienestar Social de la Administración Autonómica tantas veces citada obrar como dispone el precepto últimamente transcrito.» (*Sentencia de 5 de octubre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7435.*)

B) *Decretos de transferencias.*

Se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo acerca de la naturaleza y valor de los Decretos de traspasos de funciones y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas.

«El segundo motivo de oposición argumenta sobre la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado por el Ente Autonómico aragonés, por su manifiesta incompetencia, puesto que si por Real Decreto 3395/1983, de 7 de diciembre, se aprobó por el Gobierno el acuerdo de la Comisión Mixta transfiriendo a la Administración ahora demandada la competencia para sancionar las infracciones administrativas, en materia de defensa del consumidor, cometidas dentro del ámbito territorial de nuestra Comunidad, el mismo omitió el dictamen del Consejo de Estado, lo que —según la actora— hace incidir a dicho Decreto en un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento.

Para resolver este tema lo primero que hay que hacer es precisar el sentido y alcance de los Reales Decretos de transferencias, y para ello habrá que recordar —como ya tiene declarado esta Sala en su Sentencia núm. 278/1985, de 29 de junio— que *la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas es jurídicamente posible desde la entrada en vigor del respectivo Estatuto, viniendo estos Reales Decretos a traspasar los servicios necesarios para ejercer —precisamente— las competencias estatutarias reconocidas a la Comunidad. Es decir, los Reales Decretos de referencia constituyen el instrumento jurídico a través del cual se aprueban los acuerdos de las Comisiones Mixtas, que son propuestas vinculantes para el Estado —que deberá respetar su contenido—, sin que ello excluya su capacidad de regulación de los aspectos formales. Por lo demás, el principio de jerarquía normativa impedirá la prevalencia del criterio de las Comisiones Mixtas sobre las previsiones constitucionales y estatutarias.* La doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara en este punto, y así la Sentencia núm. 470/1982, "Boletín Oficial del Estado" de 19 de abril de 1985, nos dirá que el quinto de sus fundamentos jurídicos "... aunque como este mismo Tribunal Constitucional tiene declarado con reiteración, *la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas viene establecida en la CE y en los respectivos Estatutos de Autonomía, de modo que los Decretos de traspaso de servicios se limitan a transferir éstos y no transfieren competencias* —cfr., por ejemplo, entre éstas las Sentencias núms. 26/1982 y 25, 71, 76, 87, 88 y 113/1983—; no debe olvidarse, sin embargo, el valor interpretativo —que, naturalmente, no puede prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias ni vincular a este Tribunal Constitucional— de tales Decretos de transferencia, que suelen contener con mayor o menor detalle una especificación de las funciones que recibe la Comunidad Autónoma y las que retiene el Estado".

Fijada la naturaleza de estos Decretos, *resulta obvio que esta figura jurídica no puede subsumirse en ninguna de las categorías de asuntos para los que la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, exige dictamen de su Comisión Permanente, y más en concreto frente a la tesis de la parte actora —que pretende fundar en el artículo 22.3 y 4 de la Ley Orgánica que se acaba de citar—, no nos encontramos ni ante un Reglamento ejecutivo de una Ley ni de un anteproyecto de Ley Orgánica de transferencia o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas, a que hace referencia el artículo 150.2 de la Constitución.» (Sentencia de 8 de octubre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7453.)*

V. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Autonomía local.

1. *No son contrarios a la autonomía municipal los poderes atribuidos a la Delegación del Gobierno en la CTNE para decidir acerca de las instalaciones, pues se consideran poderes de coordinación compatibles con aquella autonomía: y todo ello lo equipara el TS con los poderes de coordinación que, según él, el artículo 154 CE atribuye al Estado sobre la Administración autonómica.*

«La sentencia apelada desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Mollet del Vallés (Barcelona), declara conforme a Derecho las resoluciones de la Delegación del Gobierno en la Compañía Telefónica Nacional de España que acuerdan la instalación de dos postes telefónicos en la calle de Juan Ramón Jiménez de la Urbanización Nuestra Señora de Lourdes de la citada localidad, sentencia que debe confirmarse en cuanto, por una parte, frente al señalamiento de lugar de instalación de los postes por la Delegación del Gobierno, señalamiento realizado en ejercicio de las facultades que le concede el Decreto de 31 de octubre de 1946, se ha limitado la Corporación Local a invocar impedimentos urbanísticos genéricos, pero sin señalar norma concreta alguna del Plan General o Parcial que se oponga a dicha instalación, que de existir tendría primacía sobre el mencionado Decreto; sin que en los elementos de convicción que obran en las actuaciones pueda conceptuarse a la Urbanización Nuestra Señora de Lourdes, por mucha amplitud que quiera darse al término a la luz de la nueva tendencia jurisprudencial, como barrio céntrico de ciudad importante a que se refiere el párrafo 7.º de la Base 15 del repetido Decreto para imponer el tendido subterráneo, teniendo en cuenta para ello que entre los varios requisitos que sirven para calificar un barrio como céntrico, uno de ellos, y el no menos importante, es que tenga una densidad telefónica que justifique el mayor coste de la instalación subterránea, densidad que no aparece acreditada, y en cuanto, por otra parte, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (R. T. Const. 4), el principio de autonomía municipal consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución no excluye que la coordinación de las Administraciones públicas pueda corresponder a la del Estado (como recoge el artículo 154 de dicho Texto Fundamental en relación con las Comunidades Autónomas), ni que en determinadas materias pueda otorgarsele poderes puntuales de dirección por razón de la incidencia del ejercicio de una competencia en otros intereses generales ajenos a los propios intereses del Estado, supuesto que es el de litis, en que concurren competencias estatales respecto al servicio telefónico y competencias locales sobre las vías públicas en las que se colocan los postes telefónicos, y cuya coordinación corresponde, según lo expuesto, a la Administración Central.» (Sentencia de 25 de octubre de 1988, Sala 3.ª, Ar. 8050.)

2. *Se declara la constitucionalidad del artículo 186 de la Ley del Suelo y su no oposición a la LBRL, al tratarse de un precepto de una Ley específica que debe prevalecer sobre la ley general.*

«La cuestión que plantean la Providencia y el Auto apelados sobre la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan suspender los efectos de los Acuerdos de las Corporaciones Locales en virtud de la autonomía de éstas reconocida constitucionalmente, con no ser tema que pueda decidirse en el trámite de admisión del procedimiento (por no aparecer esto de modo inequívoco y manifiesto, como exige para la inadmisión de plano el artículo 62.1

de la Ley de la Jurisdicción), es preciso insistir, recordando doctrina reiterada de este Tribunal, en que *cuando se trata de acuerdos de las Corporaciones Locales en materia de urbanismo, las Comunidades Autónomas no tienen necesidad de acudir a la vía de impugnación ordinaria* de los artículos 63, 64, 65 y 66 de la vigente Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985 —antes el art. 8.º de la Ley de 28 de octubre de 1981—, *pues la misma no derogó, dado el carácter específico del urbanismo, el régimen especial de suspensión de Acuerdos de las Corporaciones Locales en esta materia establecido en el artículo 186 de la Ley del Suelo* y, en lo que ahora aquí interesa, en los artículos 9 y 11 de la Ley catalana de 9 de enero de 1984; *pues aparte de que las leyes generales no derogan las especiales*, y que el mismo Estatuto de Autonomía de Cataluña distingue nitidamente el "régimen local" de la "ordenación del territorio y urbanismo" en los apartados 8 y 9 de su artículo 9, *hay que decir, en general, que las facultades de control de la legalidad urbanística que incumben a las Comunidades Autónomas sobre los acuerdos y actos de las entidades locales de su territorio, son compatibles con el principio de la autonomía municipal y provincial proclamado en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución*, va que en esta parcela del Ordenamiento jurídico inciden, por razones de coordinación y del principio de jerarquía normativa del planeamiento urbanístico, intereses locales y generales de la competencia antes del Estado y actualmente de las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 148.1.3.º de la Constitución y, en Cataluña, el artículo 9.9 ya citado de su Estatuto de Autonomía; siendo paradigma de toda esta doctrina las Sentencias de esta Sala de 15 y 20 de junio de 1983, 24 de febrero, 16 y 30 de mayo, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1984, 2 de enero de 1985, 5 de noviembre de 1986 y 27 de mayo de 1988, con la aplicación de la cual se desvanecen todos los obstáculos que oponen las resoluciones apeladas para la admisión a trámite del indicado procedimiento especial del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional.

Cabe, por último, aducir que la Sentencia de esta Sala de 26 de enero de 1988, resolviendo caso idéntico, procedente además de la misma Audiencia y de la misma provincia de Tarragona, falló en términos también idénticos a los que ahora decimos.» (*Auto de 2 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 5846.*)

3. *Ámbito competencial. Se declara la nulidad del acuerdo del Consejo de Berriozar denunciando la Ley Antiterrorista por no ser materia comprendida en el artículo 52 de la LBRL.*

«Invoca ante todo la parte apelante el principio de la autonomía municipal proclamado en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

Ciertamente, dicha norma suprema establece un nuevo sistema de reparto territorial del poder en el que Entes públicos distintos del Estado gozan de autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses". Pero el ámbito de dichos intereses es el definido por la Ley y queda referido a "cuantos asuntos les atañen" —Sentencia 32/1981 del Tribunal Constitucional, de 28 de julio (R. T. Const. 32)— en los términos en que aquélla los haya delimitado.

Los artículos 137 y 140 de la Constitución precisaban de una concreción legal que efectivamente se ha producido a virtud de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y que cumple respecto de los Entes Locales una función análoga a la que juegan los Estatutos para las Comunidades Autónomas.

Así las cosas, *la sentencia apelada no niega la autonomía municipal ni tampoco la libertad de expresión de los miembros de las Corporaciones locales: tales autonomía y libertad de expresión, en el marco específico de los órganos de gobierno de los Entes locales, han de ser actuadas en cuanto se produzcan en las materias confiadas a su gobierno y gestión. Y es claro que los extremos de los acuerdos anulados por la sentencia recurrida exceden del*

campo de la competencia que dibuja el artículo 25 de la ya citada Ley 7/1985.

No se produce, pues, la anulación de los mismos en razón de que su contenido sea uno u otro, sino simplemente porque la materia sobre la que recae no es de las comprendidas en el mencionado precepto.» (Sentencia de 4 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 5860.)

4. *Aprobación de Planes urbanísticos. Puesto que el urbanismo implica una ordenación integral del territorio que afecta a intereses supra-municipales, se justifica la aprobación por un ente superior, como resolución sustantiva y no limitada a un mero control de legalidad.*

«Una reiterada jurisprudencia —así, Sentencias de 13 de octubre de 1986, 26 enero y 14 de marzo de 1988, etc.—, aplicando el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo —en su momento el artículo 32 de la Ley de 12 de mayo de 1956—, viene poniendo de relieve que el acuerdo de aprobación definitiva de los planes no es un simple acto de tutela sobre la decisión local, es decir, no es una mera "conditio iuris" para su eficacia, sino una resolución sustantiva que culmina el procedimiento de elaboración de los planes, de suerte que las precedentes aprobación inicial y provisional son actos de trámite.

Esta concepción del acto de aprobación definitiva queda reflejada en la expresa concepción del artículo 41.2 y 3 del Texto Refundido y de su desarrollo reglamentario en el artículo 132 del Reglamento de Planeamiento, que configuran dicha aprobación como el resultado del examen del Plan "en todos sus aspectos" tanto reglados como discrecionales o de oportunidad, afirmación esta última que, claro está, ha de ser entendida a la luz de las exigencias del principio de la autonomía municipal, proclamado en los artículos 137 y 140 de la Constitución —principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, art. 5.ª, 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial—.

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

Así las cosas, y puesto que el urbanismo implica una ordenación integral del territorio que afecta no sólo a los intereses locales, sino a otros muy variados sobre los que, como se ha visto, no pueden incidir negativamente las decisiones de los entes locales, hay que entender subsistente el control de oportunidad que se lleva a cabo con la aprobación definitiva para garantizar la coordinación de los intereses locales con aquellos por los que han de velar otras Administraciones Territoriales.» (Sentencia de 18 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 6082.)

5. *Las directrices de planeamiento aprobadas por COPLACO para ordenar la revisión del Plan General no vulneran la autonomía local.*

Vid. X. URBANISMO. A) Planeamiento. (Sentencia de 28 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 5831.)

VI. COLEGIOS PROFESIONALES

Procedimiento de creación. El acto de aprobación inicial de los nuevos Estatutos por la Asamblea de los Colegios (se trataba de crear el Consejo General de Colegios) es un acto trámite y, como tal, no impugnabile. El acto definitivo es la aprobación de los Estatutos por la Administración autónoma.

«Para determinar la naturaleza de la decisión adoptada por la Asamblea de representantes de los Colegios de Procuradores de Cataluña, celebrada el 1 de marzo de 1984, sobre aprobación de los Estatutos del Consejo de Colegios, debe analizarse la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1984, de 17 de diciembre, aprobatoria de las Normas reguladoras de los Colegios Profesionales de Cataluña, que creó dichos Consejos en los que deberían integrarse necesariamente los diferentes Colegios de una misma profesión existentes en la Comunidad Autónoma. Pues bien, dicha Ley, así como el Reglamento de 7 de julio de 1983, dictado para su desarrollo, diseñan un procedimiento complejo, en el que se exige un primer acto de aprobación inicial por la Asamblea de los Colegios afectados por la integración y otro posterior de aprobación definitiva por la Administración autónoma, exteriorizado mediante su inscripción y ulterior publicación en el Diario Oficial de la Generalidad —art. 12 de la Ley—, con facultad previa por parte de la Administración de devolver los Estatutos a la referida Asamblea si observase defectos o irregularidades —art. 32 del Reglamento—, por lo que, desde el punto de vista procedimental, aunque se considere que la aprobación inicial tiene carácter de esencial, en el sentido de que su omisión pueda determinar un vicio de invalidez del procedimiento, ello no desnaturaliza el carácter de acto trámite que, sin duda, tiene dicha aprobación inicial. Se entabla, pues, un sistema bastante habitual en nuestro ordenamiento, conforme al cual, únicamente el acto de aprobación definitiva, en cuanto resolutorio sustantivo con que culmina el procedimiento, es susceptible de impugnación, no siéndolo, en cambio, los actos previos o preparatorios de la decisión final, como ocurre en el presente caso, en que por mucha importancia que quiera atribuirse a la decisión previa de la Asamblea de los Colegios afectados, no tiene entidad suficiente, por estar limitada a su ámbito propio, para ser merecedora de protección jurisdiccional independiente del acto definitivo resolutorio, único acreedor de amparo según lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley y 32 del Reglamento citados, por lo que, habiéndolo entendido así la sentencia apelada, procede la desestimación del presente recurso de apelación.» (Sentencia de 21 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 6989.)

VII. SERVICIO PÚBLICO

Tarifas.

El aumento de las tarifas para el suministro de agua tiene eficacia a partir de su publicación en el «BOE», por lo que no se puede pretender una aplicación retroactiva a los consumos efectuados desde la última lectura de los contadores.

«La temática del presente recurso de apelación se contrae a determinar la conformidad con el ordenamiento jurídico de la sentencia de instancia que ha anulado dieciocho liquidaciones insertas en los recibos que por consumo de agua le fueron giradas por el Canal de Isabel II a la entidad C. de V., S. A., correspondientes a dieciocho contratos de suministro distintos por el período

de tiempo comprendido entre el 12 de julio de 1983 y el 5 de octubre siguiente, a razón de 29,60 pesetas metro cúbico, habiendo ordenado la sentencia apelada que se practiquen nuevas liquidaciones dividiendo el total de metros cúbicos correspondientes a cada uno de los suministros por el número total de días y multiplicando el consumo diario que así resulta por la cantidad de 11,80 pesetas metro cúbico hasta el día 29 de julio de 1983, y por la cantidad de 29,60 pesetas metro cúbico hasta el resto de los días facturados, postulándose por el Abogado del Estado la revocación de dicha sentencia y la declaración de ser conforme a derecho la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo que por vía de recurso de alzada confirmó las referidas liquidaciones.

Mientras que la sentencia apelada estima que la nueva tarifa de 29,60 pesetas metro cúbico no puede ser aplicada sino desde el día 30 de julio de 1983, en que fue publicada tal nueva tarifa en el "Boletín Oficial del Estado", el Letrado del Estado alega que como el artículo 49 del Decreto 2922/1975, de 31 de octubre, relativo a la facturación y cobro por parte del Canal de Isabel II, establece que la lectura de los contadores se hará trimestralmente, ello supone que la tarifa a aplicar debe ser la vigente al tiempo de practicarse la lectura, y que la resolución que elevó las tarifas otorgó al aumento eficacia retroactiva, efecto que admite el artículo 2.º del Código Civil.

La argumentación del Abogado del Estado no puede ser compartida, pues, como razona la sentencia de instancia, pretender que el pago del agua consumida haya de ser al precio de la tarifa vigente al efectuar la lectura, por el simple argumento de que dichas lecturas se efectuarán trimestralmente, es un razonamiento sin base legal y, por supuesto, contrario a derecho en cuanto supone un enriquecimiento injusto para el Canal de Isabel II. Debiendo, igualmente, rechazarse su alegación de una pretendida retroactividad de las nuevas tarifas derivada de la resolución que las aprobó, pues lo cierto es que la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 28 de julio de 1983 que aprobó tales nuevas tarifas en ninguna de sus disposiciones establece la aplicación retroactiva de éstas, amén de que tampoco podría haberlo hecho a menos que el referido Ministerio hubiera estado habilitado para ello en virtud de una anterior norma con rango de Ley, cuya existencia en ningún momento ha alegado la Administración.» (*Sentencia de 11 de octubre de 1988, Sala 3.ª, Ar. 7970.*)

VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Principio de igualdad.

1. *Doctrina sobre el núcleo esencial del derecho a la igualdad y aplicación de la misma al supuesto de la exclusión de las mujeres del acceso a la Academia General del Aire.*

«Llegados a este punto, la problemática litigiosa realmente se condensa en la concreta determinación de si efectivamente el rechazo de la instancia, que implica la exclusión actual de la mujer del acceso al Ejército del Aire, vulnera el principio de igualdad, así como si existen razones objetivas y razonables para impedir tal acceso, que enerven la violación que en otro caso se produciría, pues de concurrir aquellas razones justificativas de la diferenciación —la propia sentencia recurrida, invocando el Tratado de Roma y las Directrices comunitarias, apunta la exclusión de determinadas actividades operativas y de combate, en el ámbito de la estructura militar, en razón de la naturaleza de las mismas y de las condiciones de su ejercicio—, no se produciría la discriminación aducida.

El principio de igualdad, valor superior de nuestro ordenamiento, proscribire el trato desigual a quienes se hallen en la misma situación cuando, y como decíamos, no exista justificación objetiva y razonable, consagrando, pues, la interdicción de las discriminaciones arbitrarias, pero en modo alguno determina la absoluta igualdad que obligue al inmediato tratamiento igualitario, ya que no es posible hacer abstracción de los elementos diferenciadores que alcancen relevancia jurídica, según se desprende, además, de la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto expresa "toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, dándose tan sólo cuando la desigualdad carece de justificación". En suma, el artículo 14 de la Constitución prescribe, con caracteres de generalidad, que los hombres y las mujeres deben ser igualmente tratados por el derecho, en cuanto a aquello que es esencialmente igual a unos y otras, esto es, respecto de los derechos fundamentales que son corolario de la dignidad humana, pero ello no empece para que en los casos concretos hayan de ponderarse las diferencias que naturalmente existen en cuanto rebasen aquel estricto contenido, pues la discriminación se produce como consecuencia de una distinción perjudicial con base en hechos que deben ser irrelevantes desde un punto de vista socio-jurídico; de aquí que el núcleo esencial de la igualdad gire en derredor del tratamiento igualitario ante las mismas circunstancias, debiendo en todo caso ponderarse tanto éstas como la realidad social circundante, y por ello el derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo cabalmente no podrá ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de las particulares circunstancias, de las realidades sociales y de las situaciones jurídicas en que se produce la diferenciación, al objeto de proscribir la desigualdad irracional, que es ciertamente la que conlleva la discriminación.

La concreta aplicación de la doctrina expuesta al supuesto de hecho que enjuiciamos, consistente, insistimos, en la devolución de la instancia para tomar parte en las pruebas selectivas de acceso a la Academia General del Aire, lo cual implica, desde luego y en definitiva, la denegación del acceso inmediato de la mujer recurrente al Ejército del Aire, es determinante de que no podamos reputar conculcado el tantas veces invocado principio de igualdad, pues aunque reconocamos, como reconocemos, la aplicabilidad inmediata de la Constitución, los efectos igualitarios que ésta genera y la sujeción a los mandatos constitucionales de los Poderes Públicos, a los que, de otra parte, corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, es lo cierto que la demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire, estructurado, como las demás Armas, en contemplación de circunstancias distintas, no lesiona el núcleo esencial del derecho de igualdad en los términos que más arriba definíamos, ni comporta la discriminación prosrita, pues realmente se produce en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes en orden a la permanente disponibilidad para el servicio, con la infraestructura actual de los Ejércitos e incluso con las características y funciones propias del Arma aérea, al menos en sus actividades operativas y de combate.» (*Sentencia de 7 de octubre de 1988, Sala 5.ª, Ar. 7579.*)

2. Acceso a la función pública. Se viola el principio de igualdad en la convocatoria que considera de mejor condición para acceder a un puesto de trabajo al parado que al que se encuentra en situación de actividad profesional.

«Como quiera que el pronunciamiento que niega a los demandantes el derecho a acceder a los puestos de Profesores donde fueron cesados ha quedado firme por consentido, el tema litigioso en esta apelación, interpuesta por la Administración, queda circunscrito a decidir sobre la legalidad o ilegalidad de la convocatoria en cuyo baremo se asignan 7 puntos a los solicitantes parados, cuando al título de doctor se le conceden 6 puntos, 2 a la especialidad

en la materia, o 1 por cada notable, o 2 por cada sobresaliente, o 3 por cada matrícula de honor y 2 puntos a la tesina; y a tal efecto y abundando en las argumentaciones de la sentencia recurrida bastará tener en cuenta, para llegar a igual conclusión de ilegalidad, que en tal convocatoria se quebranta el *principio de igualdad*, pues considera de mejor condición para acceder al desempeño de un puesto público al parado que al que se encuentra en situación de actividad profesional, se vulnera el *principio de mérito*, pues considera como tal la situación de parado cuando la selección debe atender a la concurrencia de las condiciones objetivas que acreditan una mayor idoneidad, y se conculca al *principio de capacidad*, ya que la situación de parado no acredita por sí sola la aptitud o suficiencia para el ejercicio de las funciones de profesor, que es a lo que debe atender la selección; todo ello sin olvidar que, en cualquier hipótesis, la valoración de la situación de desempleo es tan desproporcionada que prácticamente elimina cualesquiera otros méritos.» (Sentencia de 8 de julio de 1988, Sala 3.ª, Ar. 5615.)

3. *Conculca el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho de acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos (art. 23 CE) el considerar como mérito cualificado el estar empadronado en la villa donde se convoca la plaza.*

«La sentencia apelada con acierto entiende que conculca el principio de igualdad ante la Ley reconocido en el artículo 14 de la Constitución y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos mencionado en el artículo 23 de nuestra Ley Fundamental, el considerar como mérito en unas pruebas selectivas para cubrir unas plazas de Policía Municipal, convocadas por el Ayuntamiento de Ermua, el estar empadronado en la villa de Ermua con anterioridad a primero de enero de 1985; mérito que se valora en el acto impugnado, en cuatro puntos, cuando se valora estar en posesión de Titulación Académica superior, a la de Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado o equivalente, en un punto, mérito que sin fundamento objetivo que justifique su aplicación, indudablemente afecta al derecho de igualdad que para acceder a las funciones públicas reconocen los artículos 14 y 23 de la Constitución.» (Sentencia de 8 de julio de 1988, Sala 5.ª, Ar. 5567.)

B) *Derecho de manifestación. Falta de notificación a la autoridad. Aplicación de la Ley 17/1976. Ilegalidad de la manifestación.*

«El expediente acredita en lo suficiente, y la sentencia recoge en parte sus datos, que los sancionados en aplicación de la normativa a la sazón vigente sin comunicar a la autoridad gubernativa sus intenciones de realizar una manifestación en protesta por la conflictividad existente en su Empresa, el día de autos formando una caravana que llegó a reunir sobre unos 70 vehículos, portando pancartas, pegatinas, distribuyendo panfletos referentes a los despedidos en la Empresa y haciendo uso de un altavoz, se encaminaron en grupo hasta la sede social de la empresa, interrumpiendo el tráfico en tres lugares de la ciudad y haciendo necesaria la intervención de la Fuerza de Orden Público, quienes llegaron a intervenir 30 de los coches que en la caravana participaban; esta concentración de vehículos, que los participantes califican de concentración pacífica, se produjo por recomendación del Comité de Empresa como acción de presión sobre la misma; estas matizaciones complementarias que hay que hacer a los hechos recogidos en la sentencia apelada permiten concluir en la existencia de una manifestación totalmente ilegal que no tiene el amparo del artículo 21 de la Constitución, que ciertamente no impone necesidad de autorización de la autoridad gubernativa, como en la normativa

vigente se exigía expresamente; mas ello no quiere decir, como nos señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/82, de 29 de enero (R. T. Const. 2), que por el hecho de haber quedado derogado por la Constitución el artículo 5.º, 1, 2, de la Ley 17/1976, que exigía tal requisito, no tenga el meritado precepto validez en cuanto regulador de la antelación y del requisito de la debida comunicación de tales propósitos a la autoridad, por lo que debe adaptarse su contenido en el sentido de sustituir la solicitud de autorización por la comunicación previa, que en el caso no existió, lo que es suficiente para declarar a la manifestación en cuestión como ilegal e incompatible con el debido ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público en los que hay que compatibilizar los derechos que a los demás corresponden.» (Sentencia de 19 de julio de 1988, Sala 5.ª, Ar. 5661.)

C) Extranjeros.

1. *El acuerdo por el que se deniega la autorización de residencia y al mismo tiempo ordena la expulsión del extranjero tiene innegable carácter sancionador, por lo que el procedimiento para su adopción ha de respetar los principios del artículo 24 CE.*

«El recurrente, después de ser excarcelado, solicitó como súbdito extranjero permiso de residencia, que le fue denegado, recibiendo en el mismo acto orden de expulsión, resolución que es impugnada por el interesado y su esposa por la Ley 62/78, alegando vulneración de los artículos 13, 19, 24 y 25 de la Constitución. La sentencia apelada desestima la demanda, excepto al apreciar infracción del artículo 24, en cuyo particular es apelada por la Administración, y por lo tanto éste es el único extremo a decidir en la segunda instancia.

Como destaca el Ministerio Fiscal, resulta del expediente administrativo que a la solicitud de residencia del interesado, y partiendo del informe policial negativo, se adoptó la resolución de no autorizar su residencia y su expulsión de España, pero sin poner siquiera de manifiesto el expediente al interesado, para darle oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, trámite fundamental, que sobrepasa a una simple irregularidad, que le coloca en indefensión y que incumple la garantía del artículo 24 de la Constitución.

Se alega en la apelación que el artículo 24 de la Constitución sólo es aplicable a los expedientes administrativos sancionadores, pero no a los de otra clase, indicando determinada doctrina jurisprudencial —Sentencias de 13, 24 de junio y 22 de septiembre de 1986, 7 y 11 de marzo de 1987—. Pero dejando a un lado que de estas sentencias se deduzca inequívocamente y sin matices que nunca es aplicable el artículo 24 a los expedientes administrativos, cuestión que habrá de precisarse debidamente, lo cierto es que aun con esta interpretación restrictiva del artículo citado, no hay dificultad en aplicarlo en el presente caso, porque la misma resolución administrativa, y en el mismo expediente, no sólo deniega la autorización de residencia, sino que ordena que se tomen inmediatamente las medidas pertinentes para la salida del territorio nacional del solicitante, y así se le notifica el acto, con lo que resulta claro que se impone una sanción, como es la expulsión, tal como reconoce el Ministerio Fiscal en su informe.» (Sentencia de 21 de octubre de 1988, Sala 5.ª, Ar. 7893.)

2. *No procede la expulsión de un extranjero que trabaja ilegalmente en España sin que antes haya sido requerido para legalizar su situación o conminado a cesar en su trabajo.*

«Se decreta la expulsión de un súbdito extranjero que se encontraba trabajando como administrador de unos apartamentos turísticos, si bien careciendo del preceptivo permiso de trabajo expedido por la autoridad competente; esto ocurre en las Islas Canarias y el interesado interpone recurso al amparo de la Ley 62/78, interesando la suspensión de la medida adoptada; en el auto recurrido, reconociéndose que en este especial proceso la regla general es que con la interposición del recurso se suspende la ejecución del acto que lo motiva, sin embargo, no accede a suspender el acto, acogiendo la tesis del Lctrado del Estado en base a que es reiterado y frecuente en la Comunidad Autónoma la permanencia de súbditos extranjeros ilegalizados en su permanencia en territorio nacional y que mantener esta profusa situación provoca la posibilidad de causar un perjuicio grave para el interés general al impedir el funcionamiento de los mecanismos establecidos para erradicar situaciones de desempleo; mas aun reconociendo estas circunstancias concurrentes en este sector laboral y en esta Comunidad Autónoma, en el caso presente no consta que el interesado haya sido requerido y conminado a legalizar su situación, por si ello es posible, o bien conminarle a que cese en el trabajo que se dice realiza, y mucho más si, como afirma el Ministerio Fiscal, no procede imputar estas situaciones al aquí interesado, pues no se sabe si es debida a falta de actividad policial o gubernativa; esto es, que no basta invocar una situación acusada y general de afluencia turística en una zona y los problemas que esto crea para afirmar, en términos de generalidad, que los intereses generales padecen y que su correctivo sea la expulsión del extranjero de la zona turística de quien no se afirman otras circunstancias que apoyen la medida de expulsión, porque el extranjero posee un derecho de permanencia turística; deniéguesele la autorización o permiso de trabajo primero y ante su persistencia o rebeldía adóptese la medida pertinente, mas no se afirme que los intereses generales padecen por la situación laboral de los nacionales hasta que esté permitido afirmar que el puesto de trabajo que el súbdito extranjero ocupa lo puede ocupar un nacional, pero concrétese y no se generalice el problema para afirmar, a manera de cajón de sastre, que la situación general sirve de cobertura de expulsión de cualquier súbdito sin más, que es lo que ocurre en el caso de autos, en el que se coloca al súbdito en indefensión al no precisarse su concreta situación a fin de afirmar que concurre con nacionales en áreas laborales a ellos reservadas; por esta razón no es posible afirmar que los intereses generales se ven vulnerados y, en su consecuencia, ha de estarse a la norma general del procedimiento que es la suspensión del acto combatido, lo que impone la revocación del auto apelado, suspendiendo la ejecución del acto, sin que sean de apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas.» (Auto de 10 de octubre de 1988, Sala 5.ª, Ar. 7611.)

IX. SANCIONES

1. *Proporcionalidad.*

El Tribunal Supremo indica una serie de criterios para considerar proporcionada la graduación de la sanción establecida por la Administración en base a su discrecionalidad, y revoca parcialmente la Sentencia de instancia que había rebajado la cuantía de la multa.

«Motiva la presente apelación la disconformidad de la representación procesal del Estado con el pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional,

al rebajar la cuantía de la multa impuesta por la Administración a la empresa accionante de 100.000 a 40.000 pesetas, y estimar aquélla que el principio de proporcionalidad entre infracción y sanción, invocado por el Tribunal *a quo* para decretar tal reducción, ya fue tenido en cuenta por la Secretaría General para el Consumo, del Ministerio de Sanidad y Consumo, en su Acuerdo de 7 septiembre 1983, rebajando la sanción del máximo de 500.000 a 100.000 pesetas.

Si hemos destacado de esta forma lo que pasa a ser objeto de debate en esta alzada procesal, es debido a que la sentencia apelada da por supuesto la existencia de la infracción incriminada en las actuaciones administrativas que nos ocupan, así como la cobertura legal de la multa impuesta, proporcionada por el artículo 3 del Decreto 3052/1966, de 17 noviembre, en relación con la Orden de 22 de septiembre de 1973. Lo que ha pasado a ser consentido por la empresa sancionada, en la cuantía de multa reducida por la Audiencia, al no apelar la sentencia de que se trata.

El reconocimiento implícito de la infracción por la postura procesal adoptada en el proceso, por la repetida empresa, implica el reconocimiento a su vez de los hechos que tipifican aquélla, esto es, el incumplimiento de la forma en que han de presentarse los champiñones envasados, compuestos de carpóforo o sombrero y pedicelo o pie, y el que la longitud de éste no deba exceder de la mitad del diámetro del carpóforo.

Reconocimiento que comprende también la legalidad de la normativa aplicada: el citado Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, que por cierto recobró vigencia al ser anulado el Decreto 3632/1974, de 20 de diciembre, por Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981, lo que vino a ser declarado en Sentencias, entre otras, de 22 julio y 1 diciembre 1987, 24 mayo y 9 junio 1988.

Lo expuesto justifica la reconducción de nuestro enjuiciamiento al punto acotado al principio, esto es, al de fijación del *quantum* de la multa. Enjuiciamiento que sirve para constatar que el fijado en el acuerdo recurrido no debe ser objeto de retoque o modificación, por las siguientes razones: 1.º) porque la estimación de un recurso, total o parcial, requiere la comprobación de que el acto administrativo revisado incurre en una clara infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder —art. 83.2 Lev Jurisdiccional—; 2.º) porque, *en materia sancionadora, en principio, la Administración cuenta, como poder implícito, el de usar de una cierta discrecionalidad, en la gradación de la sanción, para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción*, lo que ha venido siendo reconocido por una reiterada jurisprudencia; 3.º) porque, *en el supuesto que nos ocupa, esa discrecionalidad ha sido ejercida con prudencia y moderación*, al rebajar la sanción del máximo de 500.000 pesetas a 100.000; 4.º) porque, *dada la depreciación de la moneda, el efecto disuasorio de la multa queda enervado, si se reduce a una cuantía ínfima, como la fijada por el Tribunal de instancia.*» (Sentencia de 19 de octubre de 1988, Sala 4.º, Ar. 7858.)

2. Extranjeros.

Vid. VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES. C) Extranjeros. (Sentencia de 21 de octubre de 1988, Sala 5.º, Ar. 7893.)

X. URBANISMO

A) *Planeamiento.*

1. *COPLACO. Validez y alcance de las «Directrices de planeamiento» como técnica para ordenar la revisión del Plan General reconociendo la autonomía de los Municipios del Area Metropolitana.*

«Comenzando por el estudio de la apelación interpuesta por la "Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid", siendo de destacar que cuando se le ponen de manifiesto para instrucción, para que en el término de veinte días formalizase escrito de alegaciones, presenta un escrito manifestando que "según recibo instrucciones de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, en el mencionado recurso, nada nuevo se debe alegar", lo que de suyo implica mantener la apelación en los mismos límites de alegaciones y pretensiones deducidas en la demanda; ahora bien, no se debe desconocer que el Real Decreto-ley 11/1980, de 26 de septiembre, realiza una opción, a la hora de acometer la revisión del Plan General del Area Metropolitana de Madrid, estableciendo en su artículo 1.º que dicha revisión y la consiguiente adaptación de dicho Plan General a lo dispuesto en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo se realice a través de la elaboración y redacción de los Planes Generales de Ordenación Urbana correspondientes a cada uno de los Municipios que integran el Area Metropolitana de Madrid; de aquí que, sin obviar el propósito de lograr un tratamiento de conjunto del "fenómeno metropolitano", al encomendar a la Comisión del Area la aprobación de unas "directrices de planeamiento territorial urbanístico", dispuso en coherencia con la opción efectuada que en ningún caso dichas "directrices" pudieran establecer "determinaciones" que son de la exclusiva competencia municipal y que, como tales, han de fijarse en los correspondientes Planes Generales de Ordenación Urbana; por ello, las "directrices de planeamiento", de actual referencia, responderán al cometido asignado por el Real Decreto-ley 11/1980, si efectivamente se limitan a establecer, con respecto a las competencias municipales y como dispone su artículo 1.º, los "grandes criterios de la ordenación territorial para el ámbito metropolitano", en las materias a que dicho precepto se refiere, sin que a su carácter vinculante, expresamente prescrito en su artículo 2.º, pueda oponerse el contenido directo y coordinador de este "instrumento de planeamiento" que, por su propia naturaleza, postula un cierto margen de libertad a la hora de la "instrumentación concreta" de las distintas soluciones posibles, las cuales han de ser justificadas en los correspondientes Planes Generales, quedando garantizada la observancia de dichas "directrices", al estar atribuida a la propia Comisión del Area —hoy a la Comunidad de Madrid— en virtud de las transferencias de competencias producidas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, por el Real Decreto 1992/1983, de 20 de julio, la aprobación definitiva de los aludidos Planes Generales.» (*Sentencia de 28 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 5831.*)

2. *Suspensión acuerdo municipal de aprobación de estudio de detalle. Validez artículo 186 de la Ley del Suelo.*

Vid. V. ADMINISTRACIÓN LOCAL. (*Auto de 2 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 5846.*)

3. Plan General. Ilegalidad de la vinculación de suelo urbano susceptible de edificación residencial en la construcción de viviendas de Protección Oficial. Si es posible la inclusión de medidas tendentes a favorecer en este suelo las viviendas de Protección Oficial.

«Particular estudio merece la "directriz núm. 17", en razón a que siendo materia de impugnación en la demanda se mantiene en esta apelación por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, siendo a la vez objeto de impugnación, en orden a la solución jurídica dada por la sentencia recurrida, por la representación de la Administración; ahora bien, en su estudio se ha de partir de su redacción, cuando literalmente dice: "Los Planes Generales introducirán las determinaciones necesarias para favorecer en el nuevo desarrollo residencial la mayor diversidad posible de tipologías edificatorias y de tamaños de viviendas y en especial las viviendas de protección oficial, a efectos de evitar la segregación social y acomodar la oferta a los deseos de la población"; pues bien, en la demanda se aducen dos razones para considerarla no conforme al Ordenamiento Jurídico, a saber: por una parte, en que no se acomoda al contenido del Real Decreto-ley 11/1980 en relación con la asignación de "directrices" y, por otra, en que sobrepasa los límites que la vigente Ley del Suelo impone a los Planes de Ordenación; la sentencia ahora apelada entiende que a dicho problema caben dos interpretaciones, de forma que si se interpreta en el sentido de orientar de modo especial la vinculación del suelo susceptible de edificación residencial a la construcción de viviendas de protección oficial, difícilmente se compadece una "directriz" específica con los grandes criterios de ordenación territorial en lo referente a la asignación por grandes áreas de la población, siendo éste el criterio habilitante para su redacción, pues —sigue diciendo dicha sentencia— entendida en este sentido supone una "sobredeterminación" carente de la necesaria habilitación en la vigente Ley del Suelo, cuyo artículo 3.º, 1, e), declara que a la competencia urbanística comprende la facultad de establecer la "clase y destino de los edificios", pero no autoriza a imponer un régimen especial para su construcción y enajenación o alquiler, como es el propio de las viviendas de protección oficial, en el que la legislación sectorial sólo permite actuar mediante "técnicas de fomento" —exenciones y bonificaciones tributarias, préstamos anticipo sin interés, subvenciones a fondo perdido, etc.—, y prueba de ello es que los artículos 11 de la Ley del Suelo y 16 y 17 del Reglamento de Planeamiento señalan como objetivos específicos de los Planes Generales en esta materia la regulación detallada del uso de los terrenos o la regulación genérica de los diferentes usos globales y de sus niveles de intensidad según se trate de suelo urbano o suelo urbanizable, es decir, regulación de usos derivada de la clasificación y calificación del suelo que conforman el estatuto urbanístico del derecho de propiedad sobre las edificaciones; pues bien —sigue argumentando la sentencia apelada—, en tanto en cuanto la expresada "directriz pueda entenderse como enderezada a conseguir que los Planes Generales vinculen suelo urbano susceptible de edificación residencial a la construcción de viviendas de protección oficial de propiedad privada...", debe concluirse afirmando que dicha "directriz" es contraria al ordenamiento jurídico; pero si se interpreta —sigue razonando la sentencia apelada— en el sentido de favorecer en el nuevo desarrollo residencial las expresadas viviendas, entonces "sería conforme a derecho"; pues bien, esa misma argumentación ambivalente, según las distintas interpretaciones que la sentencia considera posibles, es reflejada en la parte dispositiva de la sentencia apelada en cuanto declara "no conforme a derecho la Directriz núm. 17 en cuanto pueda ser interpretada como enderezada a conseguir que los Planes Generales de Ordenación Urbana correspondientes a cada uno de los Municipios que integran el Área Metropolitana de Madrid vinculen suelo de propiedad privada susceptible de edificación residencial a la construcción de viviendas de protección oficial, declarándola, por el contrario, conforme a derecho en cuanto puede interpretarse en el sentido de introducir en los expresados Planes Generales otro tipo

de determinaciones para favorecer en el nuevo desarrollo residencial las viviendas de protección oficial".

En una primera aproximación formal a dicho concreto tema, ya se desprende de entrada la procedencia de la revocación de la sentencia apelada en ese particular con referencia a la "directriz núm. 17", y objeto del recurso de apelación interpuesto por la representación de la Administración, pues *no es procesalmente posible hacer en la sentencia un pronunciamiento dubitativo*, haciendo depender la conformidad o disconformidad a derecho de una u otra interpretación que se haya de dar a la "directriz" mencionada; pues el artículo 81.b), en relación con el artículo 84.a), ambos de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, así como a tenor de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —de aplicación supletoria—, *Las sentencias habrán de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, estimando o desestimando el recurso contencioso-administrativo, declarando la conformidad o disconformidad a derecho y, en su caso, manteniendo o anulando total o parcialmente el acto o disposición recurridos, pero nunca hacer pronunciamientos ambiguos o confusos que prácticamente dejan sin resolver los problemas planteados*; así, si bien es necesario que a través de los fundamentos fácticos y jurídicos, mediante un proceso intelectual, considerar todas las diferentes alegaciones y pretensiones formuladas por las partes para fundamentar el recurso y la oposición —art. 43 de la Ley Jurisdiccional—, es misión del Tribunal fijar los hechos relevantes para la aplicación de la norma jurídica en el sentido procedente, seleccionándola e interpretándola, pero en el fallo o parte dispositiva de la sentencia se ha de decantar por la interpretación que considere ajustada a derecho, declarando la conformidad o disconformidad con el Ordenamiento Jurídico el acto o disposición administrativa sometida a su consideración, pero nunca dejar a una ulterior interpretación al alcance de dicha resolución jurisprudencial; por ello, en principio, ha de estimarse en este sentido el recurso de apelación interpuesto por el señor Letrado del Estado, respecto del particular de la sentencia aludida.

Dicho lo anterior y consecuentemente con ello es obligado entrar a conocer y resolver expresamente sobre la conformidad o disconformidad a derecho de la Directriz núm. 17, de actual referencia; pues bien, de una interpretación literal de la misma, no desmentida por una revelación intencional que la desmienta, y en particular a través de una interpretación sistemática del Texto Definitivo de las Directrices de Planeamiento Territorial y Urbanístico del Área Metropolitana de Madrid, donde aquélla se inserta, y teniendo por reproducidos todos los razonamientos precedentemente expuestos a lo largo de todos los anteriores fundamentos jurídicos, se infiere que la meritada Directriz núm. 17 no orienta de modo especial la vinculación del suelo susceptible de edificación residencial a la construcción específica o exclusiva de viviendas de protección oficial, sino que teniendo en cuenta que, merced a los anteriores planeamientos, "la construcción de viviendas de protección oficial se caracterizaba por un mercado de carácter centrifugo, concentrándose en los Municipios más alejados del centro metropolitano, siendo en Madrid prácticamente nula, con excepción de la promoción pública y de Cooperativas —gráfico núm. 9—, esta situación condujo no sólo a dificultar el acceso a la vivienda de amplios sectores de la población económicamente débiles que tenían sus puestos de trabajo en el centro de las poblaciones, sino además a la profundización de la segregación social en el espacio, que se realiza a través de una gradación especial de los precios de la vivienda, que acuna diferencias enormes entre el centro y la periferia metropolitana —gráfico núm. 8—; así, aun cuando la escasa iniciativa privada en viviendas de protección oficial se ha visto compensada en Madrid por la actuación del MOPU a través del Programa de Promoción Directa, no es menos cierto que estas promociones en parte han estado destinadas a la reabsorción de núcleos chabolistas y otra, la más importante, a remodelación de barrios construidos por el Instituto Nacional de la Vivienda o de la Obra Sindical del Hogar, en los años cincuen-

ta y sesenta, deteriorados prematuramente por los defectos de construcción originarios; por tanto, cara a los próximos años es preciso tener conciencia social no sólo de que se van a construir en cifras absolutas menos viviendas que en el pasado, sino que se deberán adaptar mejor a las necesidades reales, favoreciendo la construcción en una mayor proporción de viviendas de tipo social; pues bien, cuando la "Directriz núm. 17" reza que "los Planes Generales introducirán las determinaciones necesarias para favorecer en el nuevo desarrollo residencial la mayor diversidad posible de tipologías edificatorias y de tamaños de vivienda y en especial las viviendas de protección oficial, a efectos de evitar la segregación social y acomodar la oferta a los deseos de la población", no está orientando a una vinculación exclusiva del suelo de propiedad privada susceptible de edificación residencial a la construcción de dichas viviendas de protección oficial en detrimento de otras no incluidas en dicha calificación, sino que más bien y claramente se refiere a su armónico favorecimiento, pues ello se deduce de sus mismos términos literales y en particular marcando los razonables fines de obtener una "mayor diversidad posible de tipologías edificativas"... y "a efectos de evitar la segregación social...", que su no favorecimiento puede comportar, así está indicando la coexistencia dentro de la pluralidad, la intención de favorecer, no de vincular la edificabilidad; por todo lo cual ha de concluirse con la afirmación de que también la aludida Directriz núm. 17 es conforme a derecho.» (*Sentencia de 28 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Ar. 5831.*)

4. *Proyectos de urbanización. La tramitación del Proyecto de urbanización no es el cauce adecuado para introducir un sistema de actuación distinto del previsto en el Plan Parcial, teniendo en cuenta, además, que tratándose aquél del sistema de compensación, debería constituirse la Junta y asumir el Proyecto, lo que es imposible en el procedimiento de su aprobación.*

«En este punto resulta necesario examinar cuál era el sistema de actuación en el supuesto de estos autos.

El proyecto de urbanización litigioso se redacta para la ejecución del Plan parcial Club del Sol, de iniciativa particular y que, aprobado inicialmente con anterioridad a la reforma de 2 de mayo de 1975, obtuvo la aprobación definitiva con posterioridad a aquélla —24 de enero de 1977—. Es claro, por tanto, que su ejecución había de ajustarse a la nueva normativa —disposición transitoria segunda—. Incluso dado que la aprobación definitiva se produjo estando ya vigente la Ley 19/1975, de 2 de mayo, la determinación del sistema de ejecución debió hacerse introduciendo durante la tramitación las menciones necesarias para la aplicación de dicha Ley —o Texto Refundido—, pero no fue así, pues se señalaba que el Plan había de ejecutarse por el sistema previsto "en el artículo 115 de la Ley del Suelo: sistema de cooperación", y que las garantías serían las "determinadas en el artículo 135 de la misma Ley".

Las citas iban referidas a la Ley de 12 de mayo de 1956, y más concretamente puede indicarse que el sistema de cooperación sería de "gestión pública" —el art. 135 forma parte de la Sección que lleva la rúbrica entrecomillada—.

Sin embargo, *el proyecto de urbanización litigioso responde a un espíritu que implica una ejecución por el sistema de compensación, como claramente se deriva ya de la propia instancia y como, además, era razonable, dado el origen del plan a ejecutar.*

Así las cosas, la sustitución del sistema de cooperación previsto en el plan por el de compensación exigía una modificación en este punto del Plan Parcial a llevar a cabo de oficio o "a petición de los interesados" —art. 68.2 del Reglamento de Planeamiento en relación con el art. 155 del Reglamento de Gestión Urbanística—.

Y sobre todo, y esto es lo que ahora se destaca, *la formulación del proyecto de urbanización exigiría, una vez introducido el nuevo sistema de actuación, la constitución de la Junta de Compensación y la asunción por ésta del proyecto litigioso. Dado que estas actuaciones no pueden llevarse a cabo dentro del procedimiento establecido para la tramitación de los proyectos de urbanización, habrá que entender ajustada a Derecho la denegación de la aprobación inicial impugnada.*» (Sentencia de 10 de octubre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7465.)

B) Disciplina.

Se consolida aquella interpretación del artículo 90.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística que entiende que la cuantía de la sanción en él prevista —del uno al cinco por ciento— se refiere al valor total de las obras proyectadas y no únicamente de las ya realizadas al levantarse el acta de infracción.

«El presente recurso se fundamenta en que la multa urbanística impuesta por el Ayuntamiento a la Comunidad de Propietarios Las Palmeras, en cuantía de 1.101.525 pesetas, por el hecho de haberse iniciado las obras antes del otorgamiento de la licencia que tenía interesada es absolutamente desproporcionada, dada la levedad de la infracción puramente formal y carente de contenido, ya que la obra no ha causado daño alguno a intereses públicos o privados, ni fue realizada para obtener ningún beneficio irregular o reprochable, desconociendo, además, la doctrina de diversos Tribunales Territoriales de esta Jurisdicción, sancionada ya por el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de febrero de 1984, en el sentido de que la sanción del 1 al 5 por 100 a que se refiere el artículo 90 del Reglamento de Disciplina Urbanística ha de recaer sobre el valor de la obra realizada en el momento en que se levanta el acta de la infracción y se produce la acción suspensiva del Ayuntamiento, y no sobre el valor de la totalidad de la obra realizada.

Sin duda alguna, dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, iniciación de una obra sin esperar a la obtención de la licencia solicitada y posterior concesión de la misma, el Ayuntamiento demandado no tuvo inconveniente en aplicar la sanción mínima señalada en el artículo 90 del Reglamento de Disciplina Urbanística, es decir, la de multa del 1 por 100 del valor de la obra; surgiendo en realidad el debate cuando discrepa el actor de la base de la multa, ya que pretende se parta no del valor del proyecto de la obra, como dice la Administración, en este caso de 110.152.536 pesetas, sino del importe de las obras realizadas cuando éstas fueron denunciadas y suspendidas, a lo que se opone el Ayuntamiento, citando otra Sentencia del Tribunal Supremo, concretamente de fecha 14 de abril de 1986, favorable a la tesis municipal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan el primero y el segundo de la sentencia apelada.

En sentencia dictada por esta Sala el 14 de abril de 1986 se declara ya que *la interpretación razonable de la norma contenida en el número 1 del artículo 90 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, es la de entender que en el supuesto contemplado en dicho precepto —realización sin licencia de actividades que sean legalizables por ser conformes con la normativa urbanística aplicable— es necesario atenerse al sentido propio de las palabras empleadas en el citado texto, puesto que lo que la norma pretende es que la sanción alcance a la obra, instalación o actuación proyectada, "dado que la sanción de multa viene referida al importe total de la actuación proyec-*

tada”; interpretación que ha de ser confirmada, al decidir el presente recurso de apelación —de conformidad con lo que establece el artículo 3.º, 1, del Código Civil—, atendido tanto el tenor literal de las palabras utilizadas en el precepto como la finalidad de la norma, que es la de sancionar la infracción cometida en proporción al valor total de la obra proyectada, imponiendo, lógicamente, multas más elevadas cuando mayor importancia revistan las que se pretenden realizar (lo que evita, además, que pueda sancionarse con una multa de mayor cuantía en una obra pequeña que en otra de gran entidad, como cabe ocurrir en el caso de atender al valor de la obra ejecutada al advertirse la infracción).

Por cuanto antes se expone, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia y, con revocación de la sentencia apelada, declarar que las resoluciones municipales impugnadas —en las que se fija la multa impuesta a la Comunidad de Propietarios del Edificio “Las Palmeras”, por iniciación de las obras antes del otorgamiento de la licencia solicitada, en el 1 por 100 del valor de la obra proyectada— son conformes a derecho, por lo que se absuelve a la Administración de las peticiones deducidas en la demanda.» (Sentencia de 11 de octubre de 1988, Sala 4.º, Ar. 7476.)

XI. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

«*Solve et repete*».

Contundente declaración sobre la inconstitucionalidad del «solve et repete» y sobre la actividad de los Tribunales en relación a las normas que lo contemplan; la tutela judicial efectiva ha supuesto un giro revolucionario en las relaciones del ciudadano con el poder público.

«La Sala tiene que dar respuesta —como solicita el Abogado del Estado— al problema de la inadmisibilidad del recurso de alzada y, consiguientemente, del contencioso-administrativo por falta de depósito de aval previo, que exige el artículo 162 del Reglamento de 1968. Esta Sala tiene declarado reiteradamente que *el privilegio del “solve et repete”* (que esto es, en suma, lo que esconde la alegación que ahora nos ocupa) *es contrario al principio de tutela judicial efectiva, y, por tanto, inconstitucional. Si lo ampara un reglamento, no vincula a esta jurisdicción. Si lo ampara una ley anterior a la Constitución, este Tribunal la desconocerá por estar derogada por ésta. Si fuera posterior —no es aquí el caso— habría que plantear cuestión de inconstitucionalidad. Pero la Sala considera oportuno subrayar que de unos años a esta parte —posiblemente desde antes de la Constitución de 1978, desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, pero desde luego, sin discusión, a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución española— una nueva matriz disciplinar ha irrumpido en la comunidad científica que formamos los juristas: el de la tutela judicial efectiva. Y esto ha supuesto un giro copernicano —y como éste, por tanto, verdaderamente revolucionario— en las relaciones del ciudadano con el poder público. El Estado de derecho, o es justicia judicial plenaria o no es nada. Y los Tribunales de justicia no pueden cerrar el paso a los justiciables con exigencias formales inaceptables como la que aquí se pretende.» (Sentencia de 5 de octubre de 1983, Sala 4.º, Ar. 7437.)*

XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Actos impugnables.*

No constituye acto reproductor de otro firme y consentido el silencio de la Administración ante la petición de unos vecinos para que el Ayuntamiento clausure una actividad de cría de cerdos, cuyos titulares habían sido ya requeridos en tal sentido por el Ayuntamiento.

«Con lo anteriormente expuesto queda desbrozado el camino para dilucidar el tema de la inadmisibilidad del recurso. En la sentencia recurrida se dice que el requerimiento llevado a cabo por el Alcalde de La Calahorra en 25 de febrero de 1983, por el que se requería a los criadores de cerdos —una vez más— el cese de sus actividades en el acto administrativo que se contempla genéricamente en el apartado a) del artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción, como obstativo en este caso concreto del acto creado por silencio administrativo y generador de la inadmisibilidad del recurso. Pero tal conclusión no puede admitirse. Ciertamente, *ese requerimiento es reproducción de otros anteriores igualmente ineficaces, pero nunca definitivos y firmes, porque ni ha existido expediente ni se ha notificado a los vecinos interesados y denunciados o decretos de que dimanasen tales requerimientos al objeto de que alcanzasen la naturaleza de definitivos y firmes por consentidos. Lo que piden los demandantes no es un requerimiento de cese de actividad clandestina o ilegal, sino, precisamente, ante el fracaso de tales requerimientos el cese efectivo y la clausura también efectiva de los establecimientos, previos los trámites oportunos del Reglamento de 1961. La desestimación por silencio de esta petición crea un acto absolutamente distinto del requerimiento —y del acto que hubiere dado lugar al mismo—, y por ello no puede sostenerse que haya lugar a declarar la inadmisibilidad del recurso.» (Sentencia de 19 de septiembre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7231.)*

B) *Desestimación.*

Doctrina acerca del «apartamiento» como figura procesal distinta del desestimación, que se produce en segunda instancia cuando existe ya una resolución sobre el fondo del asunto. Aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Relevancia a efectos del cómputo de plazos.

«Pasamos a examinar la cuestión de la prescripción, que viene planteada en los siguientes términos: para la Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo de 1 de junio de 1984; para la Dirección General de lo Contencioso en su previo informe; para los miembros discrepantes del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, así como para la representación y defensa del Estado en este recurso, el Auto dictado por la Sala del Tribunal Supremo con fecha 5 de febrero de 1982, en el que se tenía al Abogado del Estado por apartado y desistido del recurso de apelación, era firme *ab initio*, no cabía contra el mismo recurso de súplica y, por tanto, su notificación a J., S. A., hecha el 11 de febrero, marcaba el momento inicial del plazo de un año establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para la reclamación patrimonial al Estado. Como tal reclamación se presentó en 17 de febrero de 1983, la acción entablada por J. estaba prescrita y su derecho a reclamar caducado. Por el contrario, para la recurrente y para la Comisión permanente del Consejo de Estado la firmeza

de la sentencia apelada está necesariamente vinculada a la del propio auto que tiene por desistido al apelante, firmeza que se alcanza una vez transcurrido el plazo de cinco días para recurrir en súplica, a tenor del artículo 92.b) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el 402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Disposición Adicional sexta de aquélla. Esto sentado, hasta el día 17 de febrero no quedó firme el auto estimatorio del desistimiento y, por ello, la reclamación presentada justamente un año después está dentro del plazo legal establecido.

La doctrina de los autores, la experiencia forense diaria y también el derecho positivo permiten distinguir dentro del concepto genérico del desistimiento, como modo anormal de terminar un proceso, una modalidad específica de tal figura procesal que nace en un momento posterior al desistimiento propiamente dicho y que es el apartamiento. *Cuando un demandante, o recurrente en esta vía jurisdiccional, se separa del proceso por él entablado en cualquier momento antes de dictarse sentencia, estamos en presencia del desistimiento "stricto sensu" con los efectos fundamentales de que la acción queda imprejuzgada. Cuando ya se ha dictado sentencia en primera instancia, y ese demandante o recurrente la apela y posteriormente se separan de la apelación, la cuestión de fondo ha quedado resuelta con producción de los efectos de cosa juzgada formal y de cosa juzgada material si pretendiera entablarse un nuevo proceso sobre lo mismo. Esta es la figura del apartamiento. Veamos la regulación legal en la Ley de la Jurisdicción y en la de Enjuiciamiento Civil, supletoria de aquélla en lo no previsto por ella, a tenor de la Disposición Adicional 6.ª. El artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, cuando habla del desistimiento, dice que podrá formularlo el demandante, que será admisible en cualquier momento del proceso antes de dictarse sentencia y que el Tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenará el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina que procediera. Estas puntualizaciones del precepto parecen dar a entender que está regulando lo que hemos llamado desistimiento *stricto sensu*, puesto que habla de demandante y no de recurrente; habla de devolver el expediente administrativo a la oficina que procediera y no al Tribunal de instancia; y habla de que tenga lugar antes de dictarse sentencia. El artículo 100.6 no proporciona más datos que permitan aventurar otra opinión. Por ello debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 402 y 403, enclavados en la Sección segunda, "recursos contra las resoluciones de las Audiencias", dentro del título IX, Libro I, "recursos contra las resoluciones judiciales y sus efectos", sientan que contra las sentencias definitivas y los autos que pongan término al juicio dictados por las Audiencias en segunda instancia no se dará otro recurso que el de casación; dándose el recurso de súplica solamente contra los autos o sentencias resolutorios de incidentes que se promuevan en esa segunda instancia. *Es así que el apartamiento del recurso de apelación, o desistimiento "lato sensu" en la segunda instancia, no es un incidente y sí un modo anormal de terminar el proceso; luego no cabe recurso de súplica contra el auto que estime la expresada voluntad abandonista del proceso del recurrente. Los artículos 846, 847, 848 y 849 de la Ley Procesal Civil ratifican y aun amplían en detalle los anteriores preceptos. Ubicados en el Título VI del Libro II, que trata de la Segunda instancia, nos muestran que el litigante que haya interpuesto apelación podrá separarse de ella en cualquier estado de la segunda instancia, pudiendo el apelado impugnar esta pretensión de abandono por insuficiencia del poder o por falta de capacidad en el apelante y también porque el apelado se hubiere adherido a la apelación; el plazo para oponerse es de tres días desde la presentación del escrito apartándose de la apelación. En cualquiera de los casos y también cuando no haya habido impugnación, la Audiencia, sin más trámites y sin ulterior recurso, tendrá al apelante por separado de la apelación con las costas y por firme la resolución apelada con devolución de los autos al Juez inferior, salvo en el caso de adhesión a la apelación, en que se continuará la sustanciación del recurso para resolver sobre los extremos de la sentencia a que se refiera la adhesión del apelado, pero, desde luego, teniendo por separado al apelante.**

Cuanto acabamos de exponer conduce inexorablemente, como lógica consecuencia, a que *la reclamación indemnizatoria promovida por "L. J., S. A." en su escrito de 17 de febrero de 1983 lo ha sido fuera del plazo de un año señalado en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ya que dicho plazo comenzó el día 11 de febrero del año anterior, fecha en que le fue notificado a dicha sociedad el Auto del día 5 del Tribunal Supremo teniendo por apartado de la apelación y desistido del proceso al Abogado del Estado.* Refuerza, si cabe, esta conclusión la conducta procesal de la recurrente, que no hizo uso ni del recurso de súplica que dice le corresponde según el artículo 92.b) de la Ley de la Jurisdicción, ni de la impugnación a que se refiere el artículo 847 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, de suerte que pretende alargar este plazo hasta situar el día inicial del año de reclamación en el día 17 de febrero de 1982, evidentemente parecería un abuso de derecho. Todo lo anteriormente expuesto y razonado comporta la inadmisibilidad del recurso, a tenor del artículo 82.c) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el 40.» (Sentencia de 28 de octubre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 8309.)

C) Sentencia.

1. *Se niega la posibilidad de una sentencia interpretativa, revocándose la sentencia apelada que declaraba la validez o no de una directriz en función de la interpretación que se diera a la misma. Aplicación artículos 84 LJCA y 359 LEC.*

Vid. X. URBANISMO. (Sentencia de 28 de marzo de 1983, Sala 3.ª, Ar. 5831 [2].)

2. *Eficacia de las Sentencias. El Tribunal recuerda que «en un juego limpio procesal, como exige el artículo 11 de la LOPJ», la Administración debió desistir, en un tema en el que la Jurisprudencia es clara, en lugar de mantener el acto y obligar a un nuevo pronunciamiento jurisdiccional.*

«La controversia objeto del presente proceso gira en torno a una incógnita que lo fue en un 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 quince Sentencias, desde la que lleva fecha 30 de noviembre 1984 hasta la dictada hace escasamente un mes, el 25 de enero 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 similar de cada una, sino en el acatamiento efectivo del criterio jurisprudencial que incorporan y su aplicación a supuestos iguales 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.ª, 6).» (Sentencia de 2 de julio de 1988, Sala 3.ª, Ar. 5592.)

3. Ejecución. Doctrina general sobre la competencia de los Tribunales y alcance de la competencia administrativa para declarar la inejecutabilidad.

«Sólo puede suspenderse o acordarse la inejecución de sentencias de los Organos de esta Jurisdicción por acuerdo del Consejo de Ministros en los casos excepcionales previstos en los apartados b) y c) del número 1 del artículo 105 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya posibilidad no se establece para la Administración en general, ni siquiera cuando existan causas de imposibilidad material o legal para que el fallo se cumpla, según dispone el artículo 107 de aquélla, porque es, entonces, el Tribunal quien ha de decidir cuál sea el procedimiento para cumplirlo.

La indudable excepcionalidad de este último artículo —ya que la regla general es la de que "no podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia" aunque concurren las citadas causas— hace que sea preclusivo el plazo de dos meses establecido en tales preceptos para que la Administración ejecute, suspenda o declare inejecutable la resolución, en contra de la gratuita creencia del Ayuntamiento apelado consignada en su escrito de promoción del incidente, y si en este caso la recepción por éste de la correspondiente sentencia tuvo lugar el 15 de abril de 1981 y no fue hasta el 4 de mayo de 1987 cuando puso en conocimiento de la Sala la existencia de causas de imposibilidad de ejecutarla, bastaría tan acusada dilación para rechazar la pretensión municipal, lo mismo si preexistía el hecho impediendo cuando la ejecución fue ordenada que si éste hubiera sobrevenido durante citado plazo, porque, transcurrido el mismo, la Administración ya había incumplido su deber de ejecutar.

Sin embargo, este Tribunal prefiere examinar la cuestión en toda su amplitud con la finalidad no sólo de evitar que, de ser cierta la existencia de esa causa, al no decidir sobre ellos pueda privarse a la parte que venció en juicio de la obligada tutela judicial, sino también para dejar constancia de la infundada obstinación de la Administración demandada para impedir por todos los medios la ejecución de la sentencia, invocando expresamente y sin razón alguna, al promover la incidencia, el privilegio de ejecución propia derivado del artículo 103 de la referida Ley, afirmando, al efecto, que "no ha sido derogado ni por la Ley Orgánica del Poder Judicial ni por el artículo 117.3 de la Constitución", desconociendo así no sólo lo que por éste se dispone y que el artículo 2.1 de aquélla igualmente proscribe citado privilegio administrativo, sino la muy reiterada aplicación que de aquél hace el Tribunal Constitucional, entre otras Sentencias, en las de 7 de junio de 1982 (R. T. Const. 32), 13 de abril de 1983 (R. T. Const. 26), 7 de junio de 1984 (R. T. Const. 67), 12 de noviembre de 1985 (R. T. Const. 155) y 28 de octubre de 1987 (R. T. Const. 167), destacando, además de su *potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, la obligación de los Jueces y Tribunales de utilizar, al efecto, todos los medios de que legalmente disponen para que se ejecuten sus fallos sin dilaciones indebidas*, de las que incluso se les hace responsables, pronunciándose en idéntico sentido la paradigmática y aleccionadora Sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1986.

En el presente caso, no existía imposibilidad legal alguna para ejecutar la sentencia cuando el 15 de abril de 1981 el Ayuntamiento acusó recibo a la Sala de la orden que, al efecto, ésta le había dado, sino que se hizo surgir después de unas vicisitudes que es preciso relatar para evidenciar tal realidad, ya que no fue hasta el 24 de abril de 1982 cuando dicho Ayuntamiento contestó a otro oficio de aquélla en el que se le pedían cuentas de lo efectuado para ejecutarla, por cierto haciéndolo en el sentido de que sólo había habido conversaciones con el propietario de la finca para facilitar la ejecución "sin que hasta la fecha se haya adoptado el acuerdo correspondiente de ejecución, lo que en breve se llevará a cabo", promesa ésta incumplida que dio lugar a que el 28 de septiembre se ordenara que en el plazo de tres meses se demoliciese conforme a la sentencia, dando cuenta del estricto cumplimiento de lo ordenado, lo que también se desatendió y fue sustituido por un escrito de 10

de noviembre de 1982, en el que, a pesar de su inaplicabilidad al caso, dada la fecha de sucesión de los hechos, se solicitaba de la Sala que diera cumplimiento al artículo 228 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, lo que fue denegado con reiteración de la orden de ejecución y del apercibimiento de la desobediencia, y a pesar de que no se acusó recibo de ello hasta el 2 de febrero de 1983, en que se hacía constar que "se dan las órdenes oportunas para llevar a su debido cumplimiento la sentencia recaída", extrañamente ya se había interpuesto el 19 de enero recurso de súplica, el cual fue estimado, dando lugar a interesar de la Generalidad Valenciana que manifestara si hacía o no uso del referido precepto, cuyo Órgano lo participó a la Comisión Provincial de Urbanismo de Castellón, la que se abstuvo de contestar y de actuar, por lo que se dio nueva orden a la Corporación Municipal el 21 de julio a fin de que en el plazo de un mes iniciara las obras de demolición dando inmediata cuenta, lo que hubo de reiterarse el 30 de noviembre, fijando un plazo de quince días y apercibiendo otra vez, pero, lejos de atender este mandato, el 15 de diciembre acudió a la Sala solicitando la declaración de que, con el derribo parcial que proponía, podían quedar legalizadas las obras objeto de la licencia, y al denegar la petición se volvió a conceder otro plazo de quince días y a apercibir de desobediencia, respondiendo el Ayuntamiento con la interposición de un recurso de súplica, que se desestima y da por resultado la interposición de otro de apelación, que también desestimó este Tribunal Supremo el 20 de marzo de 1986, notificándose esta decisión por la Sala Territorial el 17 de noviembre, y, manteniéndose la pasividad administrativa, se llega al 10 de abril de 1987, en que, por orden de aquélla, el Juzgado de Benicassim requiere personalmente al Alcalde para que, en el plazo de quince días, bajo apercibimiento de proceder por desobediencia, lleve a cabo la demolición, mandato que se incumple nuevamente, siendo a partir de entonces cuando, sin duda, porque se han agotado otros procedimientos de inexecución con cuyo largo transcurso del tiempo se ha dado ocasión a que se apruebe el 24 de octubre de 1984, por la Comisión Provincial de Urbanismo, unas normas de Revisión y Adaptación al Plan General de Ordenación, cuando el 4 de mayo del mismo año se presenta el escrito por el que se hace ver que se ha producido una causa de imposibilidad legal para que la ejecución de la sentencia se produzca.

Tan proliferos antecedentes demuestran la actitud de la Administración demandada y la improcedencia del incidente en que se actúa, porque *la absoluta inexistencia de impedimentos durante el plazo de obligada ejecución hace inoperante, por extemporánea, la alegación de su sobreveniencia*, y porque no es aplicable que, aprobada en 24 de octubre de 1984 la normativa que se invoca como causa legal de imposibilidad de la ejecución, no sea hasta mayo de 1987 cuando se pretende que, como tal, opere en el proceso, pero es que, además, aunque a efectos puramente dialécticos se entendiera que el planteamiento de la incidencia fuera tempestivo, las invocadas normas —abstracción hecha de que se confeccionaran o no por el mismo Arquitecto municipal que informó favorablemente la petición de licencia de unas obras que también él había proyectado, como intentó probar el apelante sin conseguir que el Ayuntamiento lo acreditara—, si bien daban por válidas anomalías urbanísticas precedentes como la de autos, esto no significa que cuestionada edificación fuera conforme con el planeamiento nuevo, sino, contrariamente, que era éste el que, por ese respeto expreso a aquélla y no serle excepcionalmente aplicable, se conformaba con la preexistente anormalidad, y, en definitiva, con independencia de la inviabilidad jurídica que retroactivamente se pretende dar a propósito de este incidente a dicho instrumento urbanístico, haciendo la interpretación restrictiva que obligadamente requiere un precepto de excepción a la regla general de incondicional, íntegro y oportuno cumplimiento de las sentencias por la Administración demandada, como es el contenido en el artículo 107 tan citado, hay que entender que *esa normativa invocada no constituye una causa de imposibilidad legal para la ejecución, porque: 1.º) la circunstancia de que, por simple vía de excepción, se respete una situación preexistente no quiere decir que lo indebidamente efectuado se legalice, ni mucho*

menos que se prohíba la ejecución de una resolución judicial que debió haberse ejecutado por ser la única que correspondía adoptar según el Ordenamiento urbanístico entonces vigente; 2.º) que no es confundible que una ilegalidad se respete con carácter excepcional con que las nuevas normas generales, no transitorias ni de concreta excepción, autoricen la realización en el futuro de lo anteriormente prohibido, pues, como advertía la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1979 —que precisamente el Ayuntamiento invoca—, "no puede desconocerse que toda excepción singularizada al régimen general de edificación del suelo constituye un privilegio que debe ser objeto de interpretación rigurosa y estricta, con exigencia de una completa y acabada prueba de que la derogación singular que representa corresponde a la real y verdadera presencia del fin público y general en atención al cual la Ley concede dicha facultad excepcional", y 3.º) si se entendiera lo contrario, no cabría concebir los edificios fuera de ordenación, siendo esa distinción que hacemos algo de lo que no se puede prescindir cuando se trata también de resolver sobre un argumento del Ayuntamiento, que fue asumido por el Auto impugnado y por la sentencia últimamente citada, cuando hacía ver lo absurdo que sería "demoler como ilegal un edificio para levantarlo como legal seguidamente", porque para ello sería necesario que se hubiera plenamente probado que, independientemente de ese singular respeto afectante a la preexistente construcción, derribada que fuese la misma y se tratara de reedificarla, tan repetidas nuevas normas permitieran que el posterior edificio pudiera llevarse a cabo en idénticas condiciones a las que antes tenía el que había sido demolido.

Lo que queda razonado evidencia que es improcedente estimar que existía un impedimento de aparición *a posteriori* apto para justificar la pasividad administrativa en orden al cumplimiento de su deber de ejecutar oportunamente la sentencia en cuestión, como igualmente de que se resolviera el incidente en el sentido en que lo hizo el Auto que se recurre, ni siquiera con base en el principio de economía procesal a que el mismo hace referencia, ya que, según en extenso consignamos, aquí no concurrían las imprescindibles circunstancias fácticas para poder aplicarlo, por lo que, con estimación del presente recurso, ha de revocarse aquél y ordenar que la sentencia de cuya ejecución se trata sea ejecutada en sus propios términos.» (*Auto de 16 de julio de 1988, Sala 4.º, Ar. 5907.*)

D) Costas.

El Tribunal Supremo condena en costas a la Administración apelante, en cuyo escrito de alegaciones se limita a remitirse a lo dicho en la demanda de primera instancia y a las pruebas ya practicadas.

«La única parte apelante, Ayuntamiento de Madrid, expone en su escrito de alegaciones de esta segunda instancia, para impugnar la sentencia recurrida, que "con motivo de evitar inútiles repeticiones y de clarificar al máximo la situación planteada, esta parte se remite expresamente a su escrito de formalización de la demanda y a las pruebas obrantes en el expediente administrativo y a las practicadas en el curso de los respectivos autos, dando aquél por íntegramente reproducido".

La conclusión no puede ser otra que la de rechazar la apelación y confirmar la sentencia apelada. Además, evidenciándose temeridad litigiosa en la parte apelante, según resulta de todo lo expuesto, procede, de acuerdo con el artículo 131.1 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, imponerle las costas de esta segunda instancia.» (*Sentencia de 26 de septiembre de 1988, Sala 3.º, Ar. 7314.*)

E) *Ley de 26 diciembre 1978.**Actos impugnables.*

Se consolida la jurisprudencia que dentro de los «actos de la Administración pública», a que se refiere el artículo 6 de la Ley, incluye cualquier actividad o actuación material de la Administración, que pueden dar lugar, así, al recurso previsto en la Ley.

«Dictada, en 7 de septiembre de 1987, Sentencia por la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, desestimatoria del recurso interpuesto, al amparo de la Ley 62/78, por doña Manuela Z. E. contra el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, por la negativa de éste a aceptar en el idioma oficial del Estado las comunicaciones que le fueron dirigidas por la recurrente como directora del Hogar de Infancia "Virgen del Mar", recurre en apelación, alegando a tal efecto la vulneración del artículo 14 de la Constitución, oponiendo el Ministerio Fiscal, que fue el único entre los apelados que se personó en esta apelación, en primer lugar, la inexistencia del acto administrativo que pueda ser recurrido; en segundo término, la extemporaneidad del recurso al amparo del artículo 82.f) de la Ley Jurisdiccional, y, finalmente, la no vulneración de los preceptos que se alegan por la recurrente.

Para rechazar el primer motivo de oposición ha de destacarse que en el expediente administrativo consta: a) El 2 de febrero de 1987, el Cap de Servei dirige una comunicación a la recurrente, como directora del "Llar d'infants el Mar", en el sentido de que toda vez que se dieron instrucciones en otra anterior de 26 de noviembre de 1986 de que todos los escritos que fueran enviados a dicho Servicio debían estar escritos en catalán, y estaban en castellano los que le había remitido, se los devolvía. b) En 23 del mismo mes y año, la Jefatura del referido Servicio autoriza expresamente a la mencionada recurrente a enviar al mismo los escritos en castellano durante el curso por estar asistiendo a un reciclaje en catalán. c) En 26 de febrero de 1987, el Letrado de la actora, actuando como representante de la misma, comunica a la Jefe de Servicio la necesidad de amparar los derechos lingüísticos de su representada, por lo que le requiere para que las comunicaciones que se le dirijan deben ser redactadas en el idioma oficial del Estado, además de en catalán, si así lo desea. Reiterando el propio Letrado en 2 de abril siguiente tal petición al no recibir contestación a la anterior.

Los hechos anteriores ponen de relieve una actuación material de la Administración, suficiente para que pueda interponerse el recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/78 sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, porque, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en reiteradas Sentencias, y entre ellas en la de 16 de febrero de 1988, "en el preámbulo de la LJCA se habla de acto y no de acuerdo, resolución o providencia o cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa, por lo que el acceso a la jurisdicción no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten cualquier otra manifestación regulada por el derecho, ya sean tácitos o presuntos, de acción o de omisión, porque, como dice la Sentencia de 27 de marzo de 1987, lo que ha de buscarse es la voluntad real de la Administración"; y en la de 4 de noviembre de 1987, al afirmar que la actuación material, calificada por los recurrentes "vía de hecho", hay que estimarla comprendida en la expresión "actos de la Administración pública" utilizada por el artículo 6 de la Ley 62/78.» (Sentencia de 17 de octubre de 1988, Sala 5.ª, Ar. 7696.)

XIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) *Lesión resarcible.*

Se delimita el concepto de lesión resarcible en relación a un supuesto de declaración de nulidad de un Plan Parcial por la Administración, distinguiéndose las situaciones en que pueden hallarse los propietarios, así como el criterio para fijar la indemnización correspondiente.

«Es clara, por tanto, la procedencia de la declaración de la nulidad de pleno derecho del Plan Parcial litigioso, siendo de añadir que la resolución aparece suficientemente motivada por la aceptación del dictamen del Consejo de Estado y que, por otra parte, no resultaba de aplicación la doctrina de las nulidades parciales dada la entidad de los defectos apreciados.

El artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece unos límites a la actuación de la potestad de revisión de oficio que tienen por objeto armonizar las exigencias de los principios de legalidad, por un lado, y de seguridad jurídica, por otro. Se trata, desde luego, de un límite excepcional a aplicar teniendo muy en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

En el supuesto litigioso no es de aplicación, pues:

A) En un terreno general, si el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo tuviera virtualidad para impedir la declaración de nulidad del Plan litigioso, éste seguiría desplegando sus efectos habilitando operaciones urbanizadoras y edificaciones a realizar en el futuro e inadmisibles desde el punto de vista de una ordenación urbanística superior y trazada con una perspectiva más general o global.

B) El amparo de los derechos de personas concretas puede venir bien por la vía del artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que respeta los actos firmes dictados al amparo de una disposición general declarada nula, bien por el cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración si concurren los requisitos determinantes de su pronunciamiento.

Este es justamente el tema que ahora ha de plantearse: la aprobación de un Plan parcial nulo de pleno derecho en un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos —arts. 106.2 de la Constitución, 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—.

Pero el problema fundamental en el supuesto litigioso se refiere a la existencia de una lesión indemnizable. El carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística sin que, por tanto, la alteración de ésta deba dar lugar a indemnización. Esta regla general encuentra excepción en los supuestos de modificación anticipada del planeamiento —art. 87.2 del Texto Refundido— y, naturalmente, también en los casos de anulación del plan que da lugar a una alteración de la ordenación, en este caso fruto de un funcionamiento anormal de la Administración.

En ambos casos, el problema es el de determinar en qué medida y supuestos la eliminación de una ordenación —en el art. 87.2 por modificación anticipada, aquí por anulación— genera una lesión indemnizable. Dada la analogía entre las situaciones que se contemplan —modificación y anulación del planeamiento—, cabe aplicar la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 12 de mayo de 1987.

Habida cuenta de las características del supuesto litigioso y de las pretensiones deducidas, la cuestión ha de examinarse desde el punto de vista de la desaparición de la expectativa de urbanización derivada del Plan Parcial: si confiando en la vigencia del Plan se han hecho inversiones y gastos, la anula-

ción de aquél provocará el derecho a la indemnización. En definitiva, no en todos los supuestos de anulación de un Plan parcial se desencadena una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, sino sólo en aquellos en que confiando en su vigencia y legalidad —apariencia provocada por la Administración Pública— se hayan desarrollado actividades y gastos que deven gan inútiles por la anulación.

Más concretamente, será de indicar:

A) Quien ya era propietario de unos terrenos antes de la aprobación del Plan parcial y lo sigue siendo después de su anulación, no ha sufrido lesión patrimonial efectiva por el hecho de que sus fincas subieran de precio por razón del Plan para después recuperar el más bajo valor del mercado anterior como consecuencia de la anulación de aquél.

B) *Distinto es el supuesto de los propietarios que, habiendo adquirido los terrenos al precio resultante de las posibilidades urbanísticas del Plan parcial aparentemente en vigor, se ven después afectados por la pérdida de valor que representa la imposibilidad de urbanizar determinada por la anulación.*

Este último es el caso de la recurrente, que adquirió el suelo litigioso antes de la declaración de nulidad del Plan y cuyo plazo de ejecución no podía entenderse fenecido, pues la amplia fórmula utilizada al respecto, con remisión al ritmo de la iniciativa privada o, en su caso, del propio Ayuntamiento —expediente 5 de 9, Memoria, apartado 7, folios 15 y siguientes—, explicable en razón de las características y de la extensión superficial del Plan, hacían inaplicable el artículo 5.º, 3, del Decreto 1374/77, de 2 de junio.

Habiéndose producido, pues, una lesión resarcible en el supuesto litigioso y siendo aquella efecto de un funcionamiento anormal de la Administración que provocó la confianza en la validez del Plan Parcial posteriormente declarado nulo, habrá que concluir reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la suma derivada de la diferencia entre el precio de adquisición de los terrenos litigiosos debidamente actualizado en razón de la depreciación de la moneda y el valor de tales terrenos después de la declaración de nulidad del Plan a la vista de la ordenación aplicable, indemnización que se fijará en ejecución de sentencia, dado que la prueba practicada en los autos resulta insuficiente, entre otras razones, por su inadecuación a las bases señaladas.» (Sentencia de 17 de octubre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7760.)

B) *Imputación. Supuesto de daños causados en accidente de circulación por el mal estado de una carretera cuya titularidad es objeto de traspaso de la Comunidad Autónoma a un Territorio Histórico. Subrogación de este último en la obligación indemnizatoria.*

«Centrada la cuestión en sus justos términos, es decir, en los de determinar si la imputación de los daños y perjuicios originados a la actora con motivo de la muerte de su hijo corresponde o no a la Diputación Foral de Vizcaya, por integrarse el servicio público de cuyo funcionamiento este hecho se derivó en la organización de la misma o en la del Departamento de Política Territorial y Transportes del Gobierno Vasco, y más concretamente, dada la forma en que el debate se ha desarrollado, en los de precisar si *el traspaso al Territorio Histórico de Vizcaya de la titularidad de la carretera N-240, en cuyo punto kilométrico 27,600 se produjo el accidente determinante de tal muerte, por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco, producida como consecuencia de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, y de conformidad con el Decreto 195/1984, de 19 de junio, por el Decreto 55/1985 y el Decreto Foral 57/1985, ambos de 5 de marzo, con efectos al 1.º de enero de este año, llevó o no llevó consigo la subrogación de la Diputación Foral de Vizcaya en la obligación de responder de las consecuencias de tal siniestro, ocurrido el día 19 de*

marzo de 1984, como carga aneja a la titularidad traspasada. Al respecto se ha de coincidir con la sentencia recurrida, concluyente en admitir esta subrogación, no obstante reconocer cierta fuerza a los argumentos de la apelante, que rotundamente la niega; mas no solamente por la interpretación que en aquélla se hace del artículo 5.º del Decreto 195/1984, de 19 de junio, que pudiera pugnar con lo dispuesto en los apartados C) y G) del artículo 3.º del mismo tal como se concretó la materia en los dos Decretos de 5 de marzo de 1985, ciertamente, sino porque la postura adoptada por la Diputación Foral con anterioridad a su escrito de contestación a la demanda únicamente puede entenderse en el sentido de admitir tal subrogación como producida, avalando así la interpretación de la Sala de instancia. En efecto, recibido por la misma el escrito de reclamación de la actora, y no obstante desprenderse de él y de su documentación anexa la titularidad de la carretera el día del accidente y de recogerlo en los antecedentes de su acuerdo, sin proceder a su remisión al Gobierno Vasco de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, resolvió desestimarla sin, como motivos de su denegación, cuestionar nunca que ella, y sí el Gobierno Vasco, no fuese la obligada a responder del daño, supuestos los presupuestos objetivos exigibles, que eran los que negaba; y, es más, en trámite ya el recurso contencioso-administrativo, tras antes de contestar a la demanda forzar a la subsanación de la falta de recurso previo de reposición, con la no resolución expresa del mismo, se mantuvo en la misma actitud.» (Sentencia de 10 de octubre de 1988, Sala 4.º, Ar. 7460.)

C) *Nexo causal.*

1. *Intervención de tercero. Se reconoce el derecho a indemnización en caso de muerte de un recluso a manos de otros reclusos en un centro penitenciario, debido al mal funcionamiento del Centro, lo que permite imputar el daño a la Administración.*

«La declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado que la sentencia apelada contiene al amparo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico y artículo 106 de la Constitución española y a favor de la actora, señora P. M., se basa en el hecho de la muerte de su hijo Antonio G. P., ocurrida el día 17 de octubre de 1984 en la prisión de hombres de Barcelona cuando se encontraba en su celda (en situación de prisión preventiva desde el 3 de junio de 1981, en méritos del sumario núm. 108/81 del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Barcelona, y a la edad de diecisiete años), y siendo aproximadamente las 14,20 horas de dicho día, otros dos reclusos (señores P. y M.) pertenecientes a otras celdas lograron penetrar (valiéndose de una cuchara) en la que ocupaba G. P., agrediendo en cuello y tórax con una navaja de 35 cm. de longitud, falleciendo seguidamente como consecuencia directa de las lesiones sufridas. Es destacable (tal como resalta el primer resultando de hechos probados de la Sentencia de la Sección 3.º de lo Penal de la Audiencia de Barcelona de 26 de enero de 1984) la intervención decisiva del recluso M., destinado en los servicios de limpieza de la prisión, el cual podía moverse libremente por los pasillos, siendo él quien logró con una cuchara abrir la celda en la que estaba recluso el M.; y acompañando a éste abrió también, con el mismo medio, la celda núm. 95, en que se encontraba recluso el agredido y muerto.

Frente a la tesis estimatoria de la sentencia, al entender darse los requisitos-presupuesto para la viabilidad de la acción: *una actividad administrativa (por acción u omisión —material o jurídica—), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo la prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exo-*

neración —Sentencias de 28 de enero de 1972, 2 de febrero de 1980, 20 de septiembre de 1983, 14 de diciembre de 1983, 25 de septiembre de 1984, 11 de abril de 1986, 15 de diciembre de 1986, etc.—, la dirección letrada del Estado opone la objeción de no darse en este supuesto el segundo de los requisitos que tradicionalmente viene exigiendo la jurisprudencia, esto es, que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal —Sentencias de 11-4-86 y 15-12-86, entre otras—, ya que en el caso contemplado la muerte del hijo de la actora se produjo en el interior de un centro penitenciario, pero la acción letal o crimen fue cometido por otros reclusos, no siendo, por ello, atribuible el daño a la actividad del Estado y sí, por el contrario, achacable únicamente a la acción criminal de los autores del asesinato, condenados por la sentencia citada de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sin embargo, y aunque sea cierto que la doctrina jurisprudencial exija que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público "en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto" —repetición casi mimética desde las Sentencias de 15 de febrero de 1968, 14 de octubre de 1969, 28 de enero de 1972, etc.—, la nota de "exclusividad", no obstante, debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto, como se pretende, pues si esta nota puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal, en los de funcionamiento anormal el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984 y 11 de abril de 1986, etc.

En el supuesto examinado y tal como se desarrollaron los hechos (en la forma que se relatan y dan por probados en la sentencia penal), el servicio público de prisiones funcionó deficiente o anormalmente: el servicio de vigilancia en la galería que ocurrieron los hechos brilló por su ausencia, las cerraduras de las celdas resultaron ser muy deficientes, en la comisión de los hechos tomó parte activa como coautor necesario un recluso adscrito al servicio de limpieza con aprobación de los responsables del servicio y que gozaba de libertad de movimiento. En definitiva, la apreciación de la prueba que al Tribunal incumbe conforme a las reglas de la sana crítica —arts. 632, 659 y concordantes de la Ley Procesal Civil en relación con los arts. 74, 75 y disposición adicional 6.ª de la Ley Jurisdiccional— permiten en este caso una imputación de negligencia a la gestión del servicio público carcelario que supone indudablemente una declaración de responsabilidad de la Administración en los términos expuestos por la sentencia apelada y que aquí se aceptan, subsanando con ello las posibles carencias competenciales —art. 6.2 del Real Decreto-ley 1/77 y art. 14.I.c.d.f de la Ley Jurisdiccional—, que nadie denuncia, si bien existen, aunque asumimos como Tribunal "ad quen" toda la competencia para examinar, como hacemos, en toda su extensión la problemática planteada y concluir declarando conforme a derecho el fallo estimatorio que contiene la sentencia impugnada, siguiendo un criterio jurisprudencial ya consagrado.» (Sentencia de 22 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 6095.)

2. Responsabilidad. Muerte de un recluso por otros compañeros. Incumplimiento de la Administración del deber mínimo de vigilancia.

«Los hechos anteriores ofrecen elementos más que sobrados, a juicio de este Tribunal, para apreciar la indudable responsabilidad de la Administración del Estado por el patente incumplimiento por la misma de su ineludible deber

de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad exigidas imperativamente por la Constitución española en sus artículos 10.1 y 15, y por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 3), por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (arts. 2, 3 y 5.1), y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 ratificado por nuestro país el 13 de abril de 1977; a cuya Declaración, Tratados y Acuerdos se remiten los artículos 10.2 y 96.1 de nuestra Norma Constitucional. Todos ellos garantizan el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, constituyendo la situación que hemos visto, tal como la describieron los máximos responsables del Centro Penitenciario, una evidente vulneración de aquellas normas básicas y de las de menor rango vigentes aquí, constituidas por el Reglamento de Servicios Penitenciarios de 2 de febrero de 1956 (arts. 10, 11, 12, 14, 83, 104 y 444), por el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por las Ordenes del Ministerio de Justicia de 1 de mayo de 1952 y 12 de junio de 1956 sobre el funcionamiento de los Centros Penitenciarios; resultando, por tanto, meridiana la infracción constitucional, legal y reglamentaria que se erige como causa eficiente para la muerte violenta por cuya responsabilidad aquí se reclama al Estado por la madre del fallecido.

El artículo 106.2 de la Constitución establece que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia de los servicios públicos; y los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establecen también la responsabilidad de éste y su obligación de indemnizar a los particulares por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; habiendo este Tribunal hecho aplicación muy reiterada de estos preceptos y principios, como puede verse en sus Sentencias de 12 de marzo de 1975, 3 de marzo y 17 de noviembre de 1977, 4 de marzo, 5 de junio y 30 de noviembre de 1981, 2 de febrero, 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1982, 4 de febrero, 28 de junio y 18 de julio de 1983, 6 de marzo, 10 de junio y 9 de diciembre de 1985, 23 de mayo, 29 de julio, 9, 28 de octubre y 29 de diciembre de 1986; en todas las cuales apreciamos la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal, o por el no funcionamiento, de los servicios públicos.

La jurisprudencia de esta Sala ha precisado también que para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sobre la base de aquellos preceptos, ha de darse en el "factum" una relación inmediata de causa a efecto entre el acto u omisión de la Administración y el daño que su acción u omisión ha producido a los particulares, debiendo existir el daño, que el mismo sea económicamente evaluable y que sea individualizado, tratándose de una responsabilidad objetiva que no requiere más requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño —Sentencias de esta Sala de 31 de octubre de 1978, 2 de febrero de 1980, 4 de marzo y 5 de junio de 1981, 25 de junio de 1982, 16 de septiembre y 14 de diciembre de 1983, 20 de enero y 25 de septiembre de 1984 y 19 de enero de 1987, entre otras—.

En el presente caso concurren todas las indicadas circunstancias exigidas por la Ley y por la jurisprudencia de este Tribunal para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento el día de autos de los servicios públicos del Centro de Carabanchel, lo que dio lugar, en una relación directa e inmediata de causa a efecto (no enturbiada por fuerza mayor ni por elementos extraños destructores del nexo causal), a que por razón de dicha mala situación y defectuoso funcionamiento de los servicios del Centro Penitenciario de Carabanchel, se produjera la lamentable muerte violenta del hijo de la demandante, pues, manifiestamente, la existencia de tres funciona-

rios para la custodia de 250 presos hacía absolutamente imposible la protección de la vida y de la integridad física de los internos que el Estado, a través de sus servicios, está absolutamente obligado a salvaguardar; y si a ello se une que se mantenía a los internos en una situación de hacinamiento y de superpoblación a todas luces inadmisibles en una galería destruida y prácticamente en ruinas que hacía imposible cumplir mínimamente las condiciones reglamentarias para proteger la vida y la integridad de los presos (como reconoce el Director del Establecimiento), resulta de una evidencia aplastante que aquí se dan, y notoriamente, todos los indicados requisitos para que proceda declarar, desde luego, la responsabilidad del Estado en la muerte que aquí juzgamos y por la que el mismo debe, por tanto, indemnizar.» (Sentencia de 15 de julio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 5896.)

3. *Relación causalidad.* No existe en el caso de enfermo que abandona un centro psiquiátrico municipal y ya en su domicilio, al cuidado de sus padres, se arroja por la ventana.

«Habiendo sucedido así los acontecimientos, necesariamente ha de concluirse en la inconcurrencia del supuesto necesario para la responsabilidad patrimonial administrativa que en este caso se cuestiona y que antes ha quedado delimitado. Ciertamente, el funcionamiento del Preventorio Municipal de Psiquiatría de Urgencias del Ayuntamiento de Barcelona, precisamente anormal, en cuanto debía controlar la salida del fallecido hijo de los actores, fue un condicionante de que éste pudiese llegar al domicilio familiar y de que una vez en él se lanzase por el balcón y feneciese, en la medida de que sin el mismo los hechos no se habrían producido de esa manera; mas ello no es suficiente para que la circunstancia de esta muerte, generadora del daño de los recurrentes, pueda ser imputada al Ayuntamiento de Barcelona y hacerle patrimonialmente responsable de ella, al no haber sido por causa del funcionamiento de su servicio y dentro de su ámbito la producción de la misma: aquél podrá haber sido una condición suya, pero no su causa eficiente, próxima y verdadera, y de éste se había sabido ya quién resultó muerto, integrándose en otro distinto, rompiéndose de esa forma el necesario nexo causal. En efecto, si no por fuerza mayor, obviamente, y sólo forzosamente por la propia acción del fallecido, por cuanto para ello habría que atribuirle voluntariedad, lo que su estado mental hace poco posible, es claro que la conducta de los padres, recurrentes, haciéndose cargo de su hijo y no reintegrándolo inmediatamente al centro asistencial del que se había marchado, hizo que éste quedase fuera del ámbito organizativo municipal y únicamente a su cuidado, desapareciendo así todo enlace causal entre el anormal funcionamiento del Preventorio Municipal de Psiquiatría de Urgencias y el fallecimiento del mismo.» (Sentencia de 13 de junio de 1988, Sala 4.ª, Ar. 6055.)

D) *Fuerza mayor.*

La fuerza mayor causante del evento dañoso no exonera a la Administración de responsabilidad patrimonial si se da la concurrencia de otra causa decisiva y eficiente de los daños.

«Al ser la fuerza mayor causa excluyente de la responsabilidad patrimonial que venimos examinando, la cuestión que nos plantea el presente litigio es la de concretar si en el caso de autos nos hallamos ante un supuesto típico de fuerza mayor, como sostiene la Corporación demandada, cuestión que ha de merecer una respuesta negativa, pues los daños producidos en la industria de la entidad actora no tuvieron por causa única y exclusiva las lluvias torren-

iales que cayeron sobre Bailén el día 7 de noviembre de 1982, que si lo hubieran sido, indudablemente integrarían un caso de fuerza mayor, en cuanto eveno, aunque previsible, inevitable (art. 1105 del Código Civil), sino que aparece robado en autos que en la producción de los expresados daños intervino como concausa decisiva y eficiente la defectuosa construcción en el año 1979 del colector general de desagüe de Bailén, pues el mismo fue construido mediante un entubado con un diámetro muy inferior al que tenía el antiguo emovedado, como lo prueba el hecho de que el Pleno del Ayuntamiento de Bailén, en sesión de 3 de marzo de 1983, ante el problema que se plantea a la ciudad por los frecuentes desbordamientos del colector en las épocas de máximas lluvias, por la insuficiente sección del entubado para el caudal aportado por la cuenca, decide proceder a la nueva construcción del mismo, dándole el mismo diámetro que tenía antes de las obras de 1979.» (Sentencia de 30 de septiembre de 1988, Sala 4.ª, Ar. 7287.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS