

## II. NOTAS

### CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) EN GENERAL

**SUMARIO:** I. FUENTES: A) *Naturaleza de normas básicas de los Reales Decretos que desarrollan la Ley Orgánica de Reforma Universitaria.* B) *Comunidades Autónomas. Ley de Desarrollo.* C) *Ordenanza Local. Nulidad Parcial.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Presunción de validez. Carga de la prueba de un hecho negativo.* B) *Ejecución forzosa. Publicidad del Procedimiento de Apremio. Suspensión de la ejecutividad. Acuerdo por el que se reclama reparación de daños y perjuicios causados a la Administración.*—III. CONTRATOS: A) *Fijación del inicio del cómputo del plazo.* B) *Revisión de precios. Compatibilidad con la prórroga del plazo de ejecución.* C) *Suspensión definitiva del contrato. No puede utilizarse para evitar los efectos de una huelga de los trabajadores de la empresa contratista.*—IV. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: *Ley de Desarrollo que precisa una Ley estatal previa: coordinación de policías locales.*—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía. Prevalencia del Régimen de controles de la LBRL sobre los mecanismos de leyes sectoriales.* B) *Impugnación de acuerdos por el Estado o la Comunidad Autónoma.* C) *Adopción de acuerdos. Régimen de abstención.* D) *Derechos de los Concejales.*—VI. COLEGIOS PROFESIONALES: *Potestad Disciplinaria.*—VII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Derecho de Reversión por desafectación de terreno pese a quedar afectado a otro fin de interés público.*—VIII. FORMAS DE ACTUACIÓN: *Actividad arbitral en materia de viviendas de protección oficial.*—IX. POLICÍA: *Autorización. Creación de una relación de sujeción especial.*—X. SERVICIO PÚBLICO: *Obligación de prestación por mayorista autorizado en Mercado Central.* XI. AGUAS: *Derecho vigente.*—MONTES: *Vecinales en mano común. Disfrute de los bienes por los vecinos en nombre del Ayuntamiento, sin poder acceder en ningún caso a su propiedad.*—XIII. COMERCIO: *Agente de Aduanas. Son colaboradores de la Administración, no funcionarios.*—XIV. UNIVERSIDADES: *Competencia concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas.*—XV. VIVIENDA: *Viviendas de protección oficial. Potestades de la Administración en supuesto de cobro de cantidades excesivas.*—XVI. URBANISMO: A) *Planeamiento. Innecesariedad del estudio económico financiero en la modificación de un Plan Parcial.* B) *Calificación del Suelo. Puesta en riego de parcelas calificadas como «cultivo de secano».* C) *Licencias. No puede condicionarse su concesión al cumplimiento de condiciones técnicas no incluidas en el planeamiento.*—XVII. LIBERTADES: A) *Derecho de Asociación. Principios aplicables a las Asociaciones de configuración legal.* B) *Libertad de Cátedra. Contenido y límites.* C) *Derecho a participar en los asuntos públicos:* 1. *Participación de los concejales en la confección del Orden del Día de las sesiones de la Corporación.* 2. *Denegación de informaciones y dictámenes a los concejales de la oposición.*—XVIII. SANCIONES: *Presunción de certeza de los hechos consignados en la denuncia.*—XIX. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Actos impugnables. Incoación de expediente de declaración de conjunto Histórico-Artístico.* B) *Costas. Temeridad o mala fe pre-procesal.*—XX. RESPONSABILIDAD: A) *Lesión resarcible. Por mantenimiento de la eficacia de una resolución anulada en alza.* B) *Nexo causal. Se rompe por la conducta de la víctima.* C) *Imputación. Asesinato de un recluso por otro.* D) *Poder Judicial:* 1. *Hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 2. *Distinción de los Presupuestos que justifican la responsabilidad del Estado.* 3. *Cuantificación de la indemnización. Datos objetivos y daños morales.*

## I. FUENTES

- A) *Ley básica. Carácter formal. Posibilidad de que la Ley Orgánica de Reforma Universitaria sea desarrollada por Reales Decretos que también poseerán la naturaleza de norma básica.*

«Con carácter general, la Administración Autonómica demandada en la primera instancia y aquí también apelante, en cuanto la Sentencia recurrida desestima en parte sus alegaciones manteniendo la conformidad a derecho de todas las normas estatutarias impugnadas de contrario no acepta la prevalencia de los Reales Decretos dictados por la Administración del Estado; en cuyos artículos —además de los de la Ley de Reforma Universitaria, la representación de esta última pretende confrontar la disconformidad a derecho de los artículos y Disposiciones Transitorias de los Estatutos de la Universidad Politécnica de Las Palmas; es decir, la Administración de la Comunidad de Canarias no acepta que la posible ilegalidad de las normas estatutarias combatidas se pueda deducir por contraposición a normas con rango formal del Real Decreto, aceptando únicamente la posible ilegalidad cuando aquéllas se oponen a disposiciones generales con rango de Ley formal; ahora bien, con carácter general y como argumento válido para ambos recursos de apelación, se ha de tener en cuenta —como acertadamente razona la sentencia recurrida—, si bien el Tribunal Constitucional en distintos momentos exigió el rango de Ley formal para la normativa básica estatal, la cual no podía vulnerar la normativa reglamentaria autonómica —Sentencias de 28 de julio de 1981 (R. T. Const. 32), 28 de abril y 20 de mayo de 1983 (R. T. Const. 32 y 42)—, sin embargo, en algunos supuestos de normativa estatal preconstitucional pendiente de regulación completa aceptó que pudiera utilizarse la forma del Real Decreto; no obstante ello, no ha de perderse de vista que de los artículos 148 y 149 de la Constitución española de 1978 se infiere *la posibilidad de un sistema de concurrencia normativa entre el Estado y las respectivas Comunidades Autónomas*, y que en el apartado 30 del párrafo 1 del citado artículo 149 aquélla establece que "el Estado tiene competencia exclusiva... en la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia"; mas esta competencia estatal no agota la regulación de la respectiva materia, sino que prevé una participación ulterior de las Comunidades Autónomas en tal regulación; así, el sistema constitucional instituido permite la concurrencia de órganos territoriales del poder público para la regulación global de la materia educativa, siempre como resultado de dicha actividad concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas —Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de diciembre de 1982 (R. T. Const. 84)—, correspondiendo al Estado la normativa "básica", es decir, "el marco de una política global" —Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 1982 (R. T. Const. 64)—, "el común denominador normativo" —Sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de julio y 30 de noviembre de 1982 (R. T. Const. 44 y 71)—, y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de tal "regulación básica estatal" a partir de la cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convenga —Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1982 (R. T. Const. 1)—, dentro —repetimos— de aquel marco global de la normativa del Estado; ahora bien, lo expuesto no quiere decir que la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, al tener que ser complementada con un desarrollo reglamentario a efectuar por el Gobierno de la Nación, en uso de la potestad de tal naturaleza que le confiere la aludida normativa legal básica, no pueda ser considerado dicho complemento normativo como de naturaleza también "básica" a tener en cuenta por la actividad reglamentaria respectiva de las Comunidades Autónomas; así puede encontrar

amparo esta tesis en el hecho de que el mismo Tribunal Constitucional implícitamente declara en las Sentencias citadas de 28 de enero de 1982, 28 de abril y 20 de mayo de 1983 que "el Gobierno puede regular la materia básica para completarla... aunque necesite para ello que la definición de lo básico conste previamente en normas legales postconstitucionales"; lo que nos permite deducir ahora que la exigida Ley formal inicial —en este caso la Ley Orgánica de Reforma Universitaria— pueda ser complementada por normas reglamentarias del propio Estado formando parte de la aludida regulación básica en la materia, que ha de servir de cobertura a toda regulación de las Comunidades Autónomas; pues bien, el Gobierno de la Nación, en uso de dicha potestad reglamentaria, desarrolló y completó la misma a través de los Reales Decretos 2360/1984, 185/1985 y 898/1985, que ha de considerarse con tal carácter complementario junto a aquella como normativa básica global que habría de ser completada por el desarrollo reglamentario autonómico en atención a sus peculiaridades.» (*Sentencia de 31 de enero de 1989, Sala 3.ª, Ar. 630.*)

### B) Comunidades Autónomas. Ley de desarrollo.

Vid. IV. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. (*Sentencia de 20 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 396.*)

### C) Ordenanza Local. Aplicación teoría nulidad parcial. Alcance de la potestad sancionadora local, a partir de lo establecido en la LBRL.

«Resulta clara en nuestro Derecho la admisión de la figura de las nulidades parciales. Aunque el artículo 50.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo la refiere sólo en su dicción literal a los actos administrativos, ninguna duda existe respecto de su aplicabilidad en el campo de las disposiciones generales; así lo imponen tanto la necesidad de lograr la eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución) como el principio de economía procedimental (art. 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo).» (*Sentencia de 2 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 377.*)

## II. ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Presunción de validez.

*Carga de la prueba. Alteración de la misma que se traslada al particular cuando un hecho negativo —la no realización de actividad comercial— y de difícil prueba para la Administración, pero fácilmente desvirtuable por el interesado.*

«Ha de matizarse, en primer lugar, el objeto propio de la revisión en este recurso, el cual no puede ser otro que el que dio lugar al expediente sancionador; esto es, la falta de comercialización en el Puesto número 48 de la Nave 1 del Mercado Central de Frutas y Verduras. Las demás irregularidades denunciadas: cierre continuado por más de siete días, ventas inferiores al promedio y falta de pago de tarifas, no han sido objeto de imputación formal en el pliego de cargos y, por tanto, no deben ser tenidas en consideración por la Sala.

Respecto de la falta de comercialización denunciada, el artículo 23 del Reglamento de prestación del servicio de 29 de enero de 1982 precisa que: "se pierde la condición de usuario abastecedor, previa incoación del oportuno ex-

pediente, además de por las causas señaladas en el artículo 17, por cualquiera de las circunstancias siguientes: d) *Cuando el titular de la autorización no realice transacciones comerciales en el puesto, local o espacio comercial adjudicado de manera continuada o cuando las operaciones realizadas en el transcurso de un año no alcancen el promedio de comercialización exigido*". En el presente caso, la denuncia inicial de los servicios de inspección, no contestada por el actor, dio lugar al acuerdo aquí impugnado, acuerdo que como *todo acto administrativo goza de la presunción de validez* que le atribuye el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo, mientras no se desvirtúe por el administrado. La imputación concreta que se le hace al actor es la falta de comercialización; dicho compromiso —como puede desprenderse de las condiciones de la autorización— afecta directamente a los intereses públicos, pues *se trata de gestionar un servicio público como es el abastecimiento de una gran ciudad, tarea en la que se ven implicados tanto la empresa mixta encargada formalmente de la gestión como los titulares de puestos de abastecedores dentro del Mercado. En conclusión, el deber de comercializar se manifiesta como una de las primeras obligaciones de los abastecedores. En este orden de cosas, el actor no ha demostrado que, efectivamente, haya comercializado productos durante todo el tiempo que indica la Administración*; simplemente, ha dejado constancia de haber descargado bultos en dicho puesto (durante el periodo de febrero a julio de 1983), pero no ha aportado ni una sola factura de ventas efectuadas, ni recibos, ni balances, ni extractos mensuales de operaciones, ni testigos de sus operaciones (en buena lógica minoristas), lo cual demostraría la evidencia de una actividad comercial. En conclusión, procede desestimar el presente recurso previa declaración de la conformidad de los acuerdos recurridos con el ordenamiento jurídico.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los fundamentos de la Sentencia apelada con los matices que derivan de lo que seguidamente se indica respecto de la influencia de la presunción de legalidad del acto administrativo sobre la carga de la prueba.

En términos generales, la *presunción de legalidad del acto administrativo* —arts. 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 4.1.e) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril— *desplaza sobre el administrado la carga de accionar pero no la carga de la prueba, que está sometida a las reglas generales: cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.*

Y es de añadir que *el principio de la buena fe en su vertiente procesal puede matizar, intensificar o alterar las consecuencias que derivan de la regla expuesta en aquellos casos en los que para una de las partes resulta muy fácil acreditar un dato de difícil prueba para la otra.*

Este es precisamente el supuesto litigioso: la no realización de transacciones comerciales en el Puesto 48 de la Nave 1 del Mercado Central de Frutas y Hortalizas de Mercamadrid, en cuanto hecho negativo, es de difícil prueba para la Administración en tanto que el hecho contrario es de sencillísima prueba para el mayorista recurrente.

Y sobre la base de lo que acaba de indicarse ha de concluirse que no se ha probado la realización de una actividad de comercialización en el puesto litigioso:

A) Ante todo llama la atención que el hoy apelante en su escrito de recurso de reposición señalase como domicilio para las notificaciones no el Puesto 48 de la Nave 1, como hubiera sido preciso en ejecución del contrato que así lo preveía y como hubiera sido razonable si en él se produjera la presencia de personas, sino un puesto diferente.

B) No resulta lógico pensar que la mercancía descargada en el puesto litigioso haya sido en todo caso de imposible venta y, por tanto, haya sufrido el decomiso correspondiente a la falta de condiciones higiénico-sanitarias.

C) No se han aportado las facturas que acreditarían la venta a detallistas que, de existir, hubieran sido de muy fácil disponibilidad.

Y, en definitiva, no se trata de que no se haya alcanzado un determinado nivel de comercialización, sino, más modestamente, de que *no se ha probado el desarrollo de una actividad comercializadora.*» (Sentencia de 20 de febrero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 1278.)

### B) Ejecución forzosa.

*Procedimiento de apremio. Importancia decisiva del principio de publicidad respecto del anuncio de la subasta y de las eventuales modificaciones de la fecha fijada, siendo suficiente, respecto de éstas, su publicación en tablones de anuncios y notificación al propietario de los bienes subastados.*

«Respecto al anuncio publicado en el "Boletín Oficial de Navarra" del día 4 de enero de 1984, sin aludir a la diferencia apreciable entre la claridad con que el artículo 136.4 y 7 del Reglamento regula que "se hará constar el día, hora y lugar en que ha de celebrarse (la subasta)" y los términos en que, por lo demás, correctamente fija dicho Boletín, "el primer día hábil siguiente a aquel en que se cumplan quince días, también hábiles, contados a partir del siguiente al que se inserte su anuncio en el BON"; acontece que, *al ser aplazado el señalamiento de la fecha definitiva en que tuvo lugar el acto público de la subasta se dio a conocer "por edictos en la Agencia Ejecutiva y en la Casa Consistorial (siendo) notificado personalmente el propio recurrente", por lo cual, sea cual fuere el resultado publicitario de esos posteriores anuncios y por más presunciones que a favor de la asistencia de licitadores puedan hacerse, es obvio que tampoco se cumplió con lo reglado.*

Y en torno al lugar donde se efectuó la subasta, es tan claro que el "Boletín Oficial" señalaba para ello "el Salón de sesiones del Ayuntamiento, bajo la presidencia del Juez" como que el artículo 144 del Reglamento de Recaudación dice, al referirse al desarrollo de las subastas de bienes inmuebles, que "se celebrarán en los locales de los Juzgados Municipales, Comarcales o de Paz". Por tanto, sin entrar en el análisis de si pudiera ser más o menos cómodo y procedente celebrarla en los locales del Ayuntamiento, *lo que no admite duda es dónde ordena la Ley que "se celebrarán" las subastas de este tipo y, por ello, huelga cualquier pretensión de justificar lo que se ha hecho prescindiendo de una norma legal tan claramente redactada.*

Advertidas las irregularidades, no parece muy oportuno considerar improcedente el repetir unas actuaciones cuyo resultado es imposible predecir que será "exactamente" el mismo al que, anteriormente, dieron lugar; pues "si el principio de economía procesal estableció la procedencia de restringir las nulidades de actuaciones administrativas por defecto ritual... a los supuestos taxativos de carencia de los elementos precisos para producir la finalidad del acto o a la indefensión del interesado" —Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1982—, en este caso es manifiesto; tanto que *por faltar elementos específicamente tipificados y definidos por la Ley se da la carencia de "los precisos para producir la finalidad del acto", como que el prescindir reiteradamente de la norma en actuaciones concretamente descritas en ella, incluso en sus detalles, puede "producir la indefensión del interesado";* habiendo de concluirse, en congruencia, declarando la nulidad de los acuerdos recurridos y retro trayendo el expediente al momento anterior a la

publicación del anuncio en el "Boletín Oficial de Navarra" para que, una vez sea correctamente fijado el tipo de subasta, subsigan las actuaciones procedentes con arreglo a la Ley. Sin que haya lugar a imposición de las costas causadas en este procedimiento.»

### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

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

«El apelante Ayuntamiento de Burgos, en su escrito de alegaciones, a fin de fundamentar su pretensión de revocación de la Sentencia recurrida y de desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Demetrio V. F., trata de minimizar la importancia de los defectos en que incurrió al tramitar el procedimiento de enajenación de los bienes embargados a éste, con el propósito de descartar la nulidad declarada por la Sala de instancia al no resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pero sólo uno de ellos, precisamente al que dedica menor atención, es de por sí suficiente para que su intención resulte fallida, y nos estamos refiriendo al del *cambio de fecha para la celebración de la subasta y al anuncio de la modificación únicamente por edictos en la Agencia Ejecutiva y en la Casa Consistorial, cuando anteriormente se había dado publicidad al acto por medio de Boletín Oficial de la Provincia, requisito exigido por el artículo 143.2 del Reglamento General de Recaudación para la subasta de bienes inmuebles y que, evidentemente, tampoco puede obviarse cuando surja una modificación, cual el apelante pretende*, con la aplicación de lo dispuesto en el artículo 136.4 de dicho Reglamento, puesto que, aparte de estar reglado ello respecto de bienes muebles, su extensión a los inmuebles la exceptúa expresamente el artículo 143.1 del mismo Reglamento. En efecto, siendo la publicidad un requisito indispensable de las enajenaciones por medio de subasta, a fin de que a la licitación puedan acudir el mayor número de postores y queden garantizados los derechos de éstos a concurrir, es de todo punto indudable que este fin no se cumplió con la incorrecta publicación de la nueva fecha de la subasta, pues no muy suficiente la publicidad por medio de un periódico oficial de ámbito provincial, la misma aún lo es menos si se restringe a unos tabloneros de anuncios en sitios públicos de una localidad, y todavía lo es menor si la segunda es contradictoria con la primera en dato tan importante como la fecha de la licitación, sin que a ello se oponga el que el dueño de los bienes sí tuviese noticia del cambio de la fecha, ya que no era él quien tenía que propagarlo y tampoco él era el destinatario del anuncio, sino los indeterminados eventuales postores.» (Sentencia de 6 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1726.)

#### C) Suspensión ejecutividad.

*No procede suspender la ejecutividad del acuerdo municipal por el que se reclama a la Entidad recurrente la reparación de los daños y perjuicios causados en bienes municipales con motivo de la celebración de un acto político.*

«La inmediata ejecutividad de los actos administrativos, establecida en el artículo 122 de la LJCA en razón de la presunción inicial de legalidad de los mismos y de la autotutela decisoria y ejecutoria que la Administración pone en juego para su adopción, viene siendo afectada, incluso en el ordenamiento jurídico preconstitucional, por una tendencia de progresiva reducción en su alcance y eficacia, hasta el punto de que, frente a la formulación originaria

del artículo 122 citado, es de destacar que, como resalta la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982 (entre otras), ya los artículos 33 y 34 de la LRJAE de 26 de julio de 1957 dejan a salvo del principio general los casos en que una disposición ordene lo contrario, y, poco después, el artículo 11o de la LPA de 17 de julio de 1958, en su reforma de 2 de diciembre de 1963, añade a los fundamentos clásicos de potenciales daños y perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente el más reglado y objetivo de que la impugnación se funde en los supuestos de nulidad absoluta del artículo 47 de dicha Ley, llegándose, por fin, en el artículo 7.4.º de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona, a sentar, prácticamente, la regla contraria a la primeramente expuesta, en cuanto la Sala debe acordar la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general.

En el presente proceso, sujeto a las normas genéricas de la LJCA, las circunstancias del caso y lo alegado por las partes en esta pieza separada determinan la conveniencia (e incluso la necesidad) de la no suspensión del acuerdo recurrido, porque, a pesar de la línea normativa antes expuesta, es evidente que, de adoptarse la solución de paralizar la ejecutividad genuina del mismo, se perturbarían los intereses públicos, sin que, por contra, se ocasionen en o para los intereses y derechos de la parte actora daños o perjuicios graves de imposible o difícil reparación.»

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Acceptamos los del Auto recurrido y:

«Las alegaciones que formula la Confederación apelante ante este Tribunal no acreditan que la ejecución del Acuerdo de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Madrid de 26 de febrero de 1982, objeto de recurso, pueda producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, como sería imprescindible para poder decretar la suspensión de tal ejecución con arreglo al artículo 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción. El indicado Acuerdo reclama a la Confederación recurrente la cantidad de 1.354.338 pesetas correspondientes a los presuntos daños ocasionados en bienes municipales (carteleros de publicidad, estatuas, jardinería, limpieza de las vías públicas de la zona y limpieza de fachadas) con motivo de los actos públicos llevados a cabo el día 22 de noviembre de 1981 en la Plaza de Oriente de Madrid en virtud de convocatoria realizada por la expresada Confederación; y con independencia de la procedencia o improcedencia, total o parcial, de la referida reclamación, al parecer anulada en más de sus dos terceras partes por la Audiencia Territorial en Sentencia no firme —pendiente de apelación interpuesta por el Ayuntamiento de Madrid—, lo claro es que la indudable solvencia del Ayuntamiento responde manifiestamente de cualesquiera perjuicios o daños que dicha ejecución pudiera producir a la recurrente, sin que conste ni se demuestre que el pago del aludido importe, intereses y costas cause un trastorno irreversible o de muy difícil reparación que pudiese hacer inefectiva cualquier satisfacción posterior; por lo que, jurídicamente, no hay términos hábiles para acceder a la suspensión peticionada ni para la consecuente revocación del Auto apelado; y las manifestaciones de naturaleza política que la recurrente hace deben quedar al margen del debate jurídico de la cuestión, y tanto más aún de la pieza separada de suspensión.» (*Auto de 7 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1772.*)

## III. CONTRATOS

A) *Plazo.*

*Para fijar el inicio del cómputo del plazo de treinta años de duración de la concesión de aparcamiento subterráneo debe prevalecer lo dispuesto en el pliego de condiciones, frente a una cláusula de contenido distinto que se incluye en la posterior escritura pública.*

«Planteados así los antecedentes del supuesto que nos ocupa, la cuestión de este pleito, meramente jurídica, se reduce a dilucidar el momento inicial del cómputo del término de los treinta años de duración de la concesión administrativa, que recoge tanto el pliego de condiciones como el acuerdo del Ayuntamiento de adjudicación de la concesión por remisión a aquél, como la escritura pública; y dicha cuestión es lo discutido por las partes, dado que mientras la cláusula cuarta de la escritura pública dice que la duración de los treinta años será a contar desde la terminación de las obras y desde su recepción por el Ayuntamiento, el pliego y el acuerdo de adjudicación definitiva de 4 de julio de 1971 establecen que el plazo máximo de la concesión será de treinta años a partir de la fecha en que el establecimiento entre en explotación, aunque sea parcial; intentando el recurrente con esta base o punto de partida que se acoja lo dispuesto en la escritura pública, siendo, de esta forma, la fecha a partir de la cual se habría de computar la duración del contrato la de 28 de julio de 1980, en que se hizo, a su entender, la recepción definitiva de obras; mientras que el Ayuntamiento, acogiendo a las estipulaciones del pliego y del acuerdo de adjudicación definitiva, que parten del momento de la explotación, pretende que la iniciación de la concesión sea el 16 de diciembre de 1974. Pues bien, en virtud de todo lo expuesto en el párrafo anterior, y desechando la posibilidad de una modificación por el Ayuntamiento de las bases de contratación, al amparo del artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (que no es de aplicación a este supuesto con preferencia al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, a pesar de ser aquél de fecha posterior, puesto que a éste se remite el Reglamento de Servicios en su artículo 116, y además es a él al que se remite la escritura y el pliego de condiciones), como no sería tampoco de aplicación en cuanto a su posibilidad de variación del tiempo de la prestación en que el servicio consiste, pues no se ha probado el motivo del interés público que exige tal variación ni el acuerdo de la Corporación en Pleno exigido por el artículo 121 de la LRL en relación al 2 del Reglamento de Contratación, hemos de dar preferencia a la estipulación del pliego de condiciones y del acuerdo de adjudicación definitiva, que marcan como fecha a considerar como inicial, a efectos del cómputo, la de la explotación. Y siguiendo la línea argumental de esta Sentencia, hemos de reconocer que tanto el expediente (folio 35 y testimonio gráfico del "Diario de Burgos") como la conformidad de las partes al respecto nos indican de forma clara cuál es el momento de la explotación, pues según el documento obrante al referido folio "comenzó la explotación del aparcamiento a finales de diciembre de 1974", concretándose por el artículo del "Diario de Burgos" en el 16 de diciembre de 1974, momento desde el que, en consecuencia, se debe empezar a computar el término del contrato de treinta años. A mayor abundamiento, de todo lo dicho se puede añadir que el propio recurrente en su proposición de adjudicación manifiesta que acepta el pliego en su integridad, y la propia escritura pública, en su cláusula novena, decía que "además de todo lo expresado, regirá íntegramente el pliego de condiciones que se incorpora..."; y por todo lo expuesto, es indudable que a éste hay que atenerse, lo que, además, resulta de todo punto lógico, al considerar la necesidad de que todos los posibles adjudicatarios conozcan las con-



diciones definitivas del contrato desde el momento en que se publica el pliego de condiciones.»

### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada.

«La cuestión en estos autos planteada gira en torno al plazo de una concesión administrativa para la explotación de un aparcamiento. En el pliego de condiciones se expresó que el plazo sería "de treinta años a partir de la fecha en que el estacionamiento entre en explotación, aunque sea parcial", mientras que en la escritura correspondiente se señaló que el aludido plazo se computaría a partir "de la terminación de las obras y su recepción por el Ayuntamiento". La disparidad indicada fue resuelta por los actos impugnados en favor de lo consignado en el pliego de condiciones, criterio declarado conforme a Derecho por la Sentencia recurrida.

La pretensión de apelación se apoya al alegar, en síntesis, que no se está ante una simple disparidad entre la condición y cláusula expresadas, sino ante una complementariedad derivada de las actuaciones subsiguientes desde la adjudicación hasta el momento de la formalización; y que la explotación se agravó económicamente al suprimirse una de las tres plantas previstas y la galería comercial, y ello motivó el alargamiento del plazo del pliego de condiciones, por lo que en la declaración plasmada en la escritura pública hay que ver un acto válido expresando una voluntad realmente querida por el titular del órgano administrativo, que subvencionó un servicio de competencia local.

No pueden acogerse las referidas alegaciones de la parte apelante. Hay que indicar que las referidas alegaciones se apoyan en lo actuado en el expediente administrativo, pues ningún elemento probatorio se ha aportado a las actuaciones judiciales. Pues bien, no existen datos suficientes en lo actuado en vía administrativa para poder afirmar que lo expresado en la escritura pública de que se trata respondió a la voluntad del Ayuntamiento interesado de compensar económicamente a la entidad recurrente por las modificaciones introducidas en el servicio adjudicado. Resulta del expediente administrativo que se efectuaron determinadas modificaciones en el proyecto originario, pero, como se ha indicado, no resulta justificado que se quisiese subvencionar a la empresa de que se trata, y que a este propósito obedeciese lo pactado en la escritura a la que nos venimos refiriendo.

A lo expuesto en el fundamento anterior interesa añadir que la empresa interesada solicitó, con apoyo en lo expresado en la cláusula de la tan aludida escritura, que debía entenderse como fecha inicial del plazo concesional la de 28 de julio de 1980 por haberse operado en esta fecha la recepción definitiva de las obras. Ahora bien, debe tenerse presente que la aludida cláusula alude, como ya quedó señalado, para determinar el comienzo de la concesión a "la terminación de las obras y su recepción por el Ayuntamiento", pero sin referirse expresamente a la recepción definitiva. En el pliego de condiciones se expresa que "una vez acabadas las obras, se procederá a su recepción provisional" y que "la recepción definitiva se efectuará un año después de la provisional". De lo indicado resulta que en la escritura se ha determinado la fecha inicial del plazo cuestionado por referencia a la terminación de las obras y su recepción por el Ayuntamiento, y conforme al pliego de condiciones la indicada terminación de las obras obligaba a la recepción provisional. Pues bien, según se señala en el acta de recepción definitiva, informes de técnicos municipales expresaron que en agosto de 1975 estaban completamente terminadas las obras. Igualmente se indicó en la aludida acta que la explotación del aparcamiento comenzó a finales de diciembre de 1974. Si, por tanto, las obras en cuestión ya estaban terminadas en agosto de 1975, aunque hubiese de tenerse presente lo pactado en la escritura que nos ocupa, no podría accederse a señalar como fecha inicial la interesada de 28 de julio de 1980 por

haber finalizado unos cinco años antes las obras tantas veces aludidas.» (*Sentencia de 8 de marzo de 1989, Sala 3.º, 1.º, Ar. 1776.*)

### B) *Revisión de precios.*

*Compatibilidad entre el derecho a la prórroga del plazo de ejecución del contrato por causa no imputable al contratista y el derecho a la revisión de precios.*

«La Sentencia recurrida analiza y resuelve correctamente la primera cuestión, relativa a si la solicitud de prórroga del plazo contractual de ejecución de las obras de actual referencia fue oportunamente presentada por la entidad demandante, a los efectos del artículo 140 del Reglamento General de Contratación; pues, según se encuentra, deduce de las actuaciones que —documento obrante al folio 202 del expediente administrativo— la solicitud de aumento o prórroga de plazo, a ciento cincuenta días laborales, efectuada por la empresa constructora, en su carta de fecha 15 de enero de 1980, englobaba y reiteraba la solicitud de prórroga de cincuenta y un días, presentada con anterioridad el 31 de mayo de 1979 —folio 24 del expediente—, de la cual aquélla es continuación, al no haberse pronunciado sobre ésta, la Administración demandada, concediendo o denegando expresamente lo primeramente solicitado, por lo que la de fecha 31 de mayo de 1970 ha de considerarse vigente cuando es presentada la segunda solicitud en enero de 1980, englobando y reiterando la petición primera; pero es que, además, el "plus" de prórroga del plazo de ejecución de noventa días que también solicita en esta última fecha responde al hecho de "no haber podido comenzar los trabajos de urbanización conforme al proyecto original, al haber recibido el encargo de un nuevo proyecto, según carta del Ministerio de Universidades e Investigación", cuyo encargo fue realizado por la Administración mediante Oficio de 10 de enero de 1980 —folio 191 del expediente—, y la segunda solicitud recordando y ampliando la primera es de fecha 15 de expresados mes y año; de todo lo cual se infiere que la primera solicitud de prórroga del plazo de ejecución de las obras fue presentada mucho antes de la fecha de terminación de las obras contractualmente establecida —19 de noviembre de 1979—, manteniendo su vigencia cuando se reitera la petición ante el silencio de la Administración y se amplía la solicitud, por las razones expuestas, el 15 de enero de 1980; de aquí que, en congruencia con todo ello, instada la convalidación del plazo, enlazándola con la primera solicitud, los órganos administrativos que hacen la propuesta favorable indiquen que "solicitada la prórroga dentro del plazo reglamentario, por causas ajenas a la contrata y de orden interno de la Administración no ha sido iniciado el expediente hasta el envío de antecedentes a esta Sección"; de aquí que haya de confirmarse el particular de la Sentencia recurrida, que entiende que en la solicitud de prórroga del plazo contractual para la ejecución de las obras se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 140 del Reglamento General de Contratación del Estado; todo ello una vez que se aceptan en esta Sentencia todos los razonamientos jurídicos expuestos en el segundo de los fundamentos de derecho de la demanda recurrida, toda vez que demostrado el retraso por lluvias y demora en la entrega de los permisos para los explosivos, no imputables al contratista, así como el hecho de un nuevo proyecto encomendado a aquél por la Administración, abonan lo allí resuelto.

Consecuencia de todo lo anteriormente expuesto al estimarse presentada la solicitud de prórroga del contrato dentro del plazo y el derecho a obtenerla por la entidad recurrente de conformidad a lo establecido en el artículo 6.º del Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, puesto que las prórrogas por causas no imputables al contratista no privan a éste del derecho de revisión de precios, unido a que las obras han de ser consideradas dentro del plazo resultan-

te de la prórroga del mismo, ha de estimarse procedente el derecho del recurrente a la revisión de precios y a la perfección de los mismos contractualmente pactada.» (*Sentencia de 14 de febrero de 1989, Sala 3.ª, Ar. 1269.*)

### C) *Suspensión definitiva.*

*La potestad administrativa de suspender definitivamente y resolver los contratos de servicios debe basarse en la supresión o suspensión del servicio objeto del contrato, a pesar de que la normativa específica de un tipo de contratos complementarios —servicios de limpieza de hospitales— no lo disponga tan claramente. La Administración no puede utilizar tal prerrogativa para contrarrestar los efectos de una huelga anunciada por los trabajadores de la empresa contratista.*

«Como muy bien pone de manifiesto el Letrado de la Junta de Andalucía en su escrito de alegaciones, la cuestión capital planteada en el proceso es la de decidir si la Administración puede desistir unilateralmente de los contratos administrativos que celebre, facultad indudablemente ejercitada por la Dirección Provincial de Sevilla de la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía, sustituida en esta alzada por el Servicio Andaluz de Salud, al suspender definitivamente, primero, en su Resolución de 3 de octubre de 1984, y resolver, después, en la de 13 de noviembre siguiente, el contrato celebrado con la empresa N. L. I., S. A., para la limpieza del Hospital Universitario de Sevilla, decidido lo cual afirmativamente, será cuando cabrá examinar si de la potestad se hizo uso adecuado en razón de la causa determinante de su ejercicio, en atención a su legalidad, tanto por lo relativo a la existencia y procedencia de la manifestada como por la correspondencia de la misma con finalidad realmente perseguida. La solución se ofrece clara a la vista de lo dispuesto respecto de los contratos de obras, gestión de servicios y suministro en los artículos 52, 53, 75 y 80 de la Ley de Contratos del Estado y 157, 162, 223, 233 y 273 del Reglamento General de Contratación del Estado: *el desistimiento unilateral de la Administración será posible, ahora bien, sobre la base de otro constituido por la suspensión definitiva de la obra, al igual que en los contratos a que es aplicable el artículo 1594 del Código Civil, o del suministro, o la supresión del servicio, mas en este caso por razones de interés público, de suerte que si ellos continúan, no le cabrá a la misma desligarse del contrato, al ser el supuesto habilitante la supresión o suspensión de su objeto, sin las que el desistimiento no estará legitimado.* No está tan clara la cuestión en los contratos sometidos a la disciplina del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, dictado en cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley de Contratos del Estado, y entre los que se encuentran los que tengan por objeto la ejecución de los servicios complementarios de limpieza conforme a su artículo 3.c), ya que en el artículo 11 del mismo se atribuye a la Administración la prerrogativa de "suspender la ejecución por causa de utilidad pública", en lugar de suprimir el servicio por razones de interés público, como en justa correspondencia, por ser análoga su naturaleza, con los antes citados artículos 75 y 80 y 223 y 233 debiera haber dicho; mas la divergencia terminológica, por ser comunes los efectos en ambos casos, y comunes también las causas, debe resolverse en favor de la legislación general, más restrictiva en supuestos en que ha de necesariamente operarse restrictivamente, por ser una derogación de lo normal sustraerse (*sic*) a la fuerza vinculante del contrato.

Cuanto se acaba de decir lleva decididamente, aunque sin coincidir exactamente con la línea argumentativa de la Sala de Sevilla, a la desestimación de los recursos de apelación interpuestos y a la total confirmación de la Sentencia recurrida, sin necesidad de examinar si la intencionalidad exterioriza-

da por la Dirección Provincial de Sevilla de la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía se corresponde o no con la finalidad realmente perseguida, y si ésta fue o no la de eliminar a la empresa recurrente y de sustituirla por otra, posible desviación de poder, por otra parte, afirmada sólo subsidiariamente por aquélla. En efecto, no es que dicha Dirección Provincial decidiese, lo que podía hacer en uso de sus prerrogativas, suprimir el servicio de limpieza del Hospital Universitario de Sevilla, cosa además poco probable por su necesaria existencia, sino, simplemente, suspender y resolver el contrato que había convenido con la sociedad actora, manteniendo el servicio; y, es más, lo que nos afronta con la interpretación dada por los apelantes al artículo 11 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, distinta de la nuestra y en el sentido de posibilitar el mismo la suspensión del contrato y su posterior resolución, y no la supresión del servicio contratado, sin razón de interés o causa de utilidad pública que pudieran justificarlo, con lo que en modo alguno puede equipararse a la comodidad pública, o de los gestores de la cosa pública, ya que más a esto que aquello, evidentemente, equivale el que ante un anuncio de huelga del día 29 de septiembre para el 10 de octubre siguiente, y no de los trabajadores de la empresa con la que se había concertado la limpieza del Hospital, sino de los de la anterior contratista y, posiblemente, de otros en solidaridad con ellos, se acuda al sencillo procedimiento de, para evitarla, en lugar de acudir a otros medios de solucionar los conflictos colectivos o de aminorar sus efectos, lo que está probado hizo en otros casos la Junta de Andalucía, decidir el día 3 de octubre, siete antes del posible comienzo de la huelga, suspender definitivamente el contrato, posteriormente resuelto.» (Sentencia de 3 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1720.)

#### IV. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

*Ley de desarrollo. Supuesto en que es preciso contar con la ley estatal previa, sin poder acudir a la teoría del carácter material de la legislación básica. Artículo 148.1.22 CE: Coordinación de las policías locales.*

«Tampoco se acomoda el Decreto impugnado a la tercera de las precisiones de la jurisprudencia constitucional ya referida: pues la regulación del régimen normativo de la coordinación de las policías locales es precisamente uno de los dos supuestos en que de modo expreso exige el Legislador constituyente la previa necesidad de una Ley Orgánica para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias en los artículos 148 y 149, que, como es bien sabido, contienen las listas de materias y competencias del Estado y de dichas Comunidades. Haciendo una relevante y singular excepción en la técnica legislativa usada en ambos artículos, sólo sus apartados 1.22 (en el caso del art. 148) y 1.29 (en el caso del art. 149) de dichos preceptos condicionan, respectivamente, la "coordinación y demás facultades en relación con las policías locales" y la "creación de policías por las Comunidades Autónomas" a lo que establezca una Ley Orgánica. Se configura así, de modo explícito, una especial reserva normativa que sin dificultad cabe incluir entre aquellas excepciones que la tantas veces citada jurisprudencia constitucional contraponen a la regla general permisiva del desarrollo normativo por los poderes autonómicos ante la inactividad legislativa del Estado. Y no se diga que al aprobarse por Ley Orgánica el Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuyo artículo 14.2 reconoce a favor de esta Comunidad la competencia de coordinación de las policías locales, queda con ello cumplido el requisito constitucional exigido por el artículo 148.1.22, pues éste alude a una Ley Orgánica sectorial reguladora específicamente de la materia, y no a las Leyes Orgánicas mediante las que se aprueben los Estatutos de Autonomía respectivos, como expresamente pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional nú-

mero 117 de 1984 (R. T. Const. 117).» (Sentencia de 20 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 396.)

## V. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) *Autonomía. Sistemas de control. Prevalece el régimen de la LBRL sobre los mecanismos de control de leyes sectoriales, como la urbanística.*

«Hacen verdadero hincapié los apelantes, para la mejor defensa de su tesis, en la especialidad de la materia de que se trata: la urbanística, y con ello, en la prevalencia —a su juicio— de los preceptos ordenadores de la misma, esto es, en la habilitación de la Generalidad para el ejercicio de la facultad suspensiva del artículo 186 de la vigente Ley del Suelo, cuyo contenido hace suyo el artículo 26.1 de la Ley catalana 9/1981, de 18 de noviembre, sobre Protección de la Legalidad Urbanística; lo que viene a ser robustecido —siguiendo su opinión— en la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Medidas de Adecuación del Ordenamiento Urbanístico a Cataluña; todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 148.1.3 de la Constitución y en el artículo 9.9 del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad. Amén de considerar que la Ley 40/1981, de 28 de octubre, no ha supuesto la derogación del citado artículo 186 de la Ley del Suelo.

Esta tesis de los apelantes implica, obviamente, una toma de posición para hacer prevalecer el derecho material urbanístico sobre el régimen general de la Administración Local, dentro de un juego de Ordenamientos Jurídicos, como conjuntos unitarios de normas, a contrastar comparativamente entre ellos, según la visión pluralista ordinamental, de reconocida filiación doctrinal.

*La primera consecuencia, de triunfar la tesis de los apelantes, sería la de que su interpretación se produciría en detrimento de la autonomía municipal, consagrada en el artículo 137 de la Constitución. Perteneciendo a esta autonomía la competencia de los municipios en el otorgamiento de licencias urbanísticas, como es la de autos: artículo 178 de la Ley del Suelo. Siendo digno de resaltar que el Municipio es la primera entidad pública natural, entre todas las existentes, incluso el Estado, a quien precedió en el curso de la Historia. Y, además, que es la entidad donde mejor se puede ejercer, por la inmediatez del elemento humano que la integra, la vida democrática. Por ello, cuando el motor impulsivo de las nuevas comunidades es el movido por la fuerza autonómica, no se debe incurrir en la incoherencia de olvidarse de este elemento para desplazar o menguar la que corresponde, o ha debido corresponder desde siempre, a unas Corporaciones ancestrales, merecedoras, por naturaleza, del respeto de una vida propia, dentro, claro está, del imperio del Ordenamiento superior.*

El problema, pues, desemboca en la determinación de cuál sea el ordenamiento que, en el supuesto que nos ocupa, tenga que ser tenido en cuenta y respetado por el Municipio. Ordenamiento que no puede ser otro que el que se ocupa de regular el Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, puesto que a él pertenece, y además como cuestión de orden público, el sistema de recursos frente a los actos de las mismas por parte de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y, en su caso, del respectivo Delegado del Gobierno —arts. 64 a 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril—; sistema que no permite la suspensión previa por parte de dichas entidades públicas, a diferencia de lo permitido en el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, ya que sólo a título excepcional lo consiente en el citado artículo 67 cuando los actos o acuerdos "atenten gravemente el interés general de España", atribuyendo la facultad suspensiva al Delegado del Gobierno de la Comunidad.

Como se deduce de lo expuesto, sería un gran contrasentido que el Gobierno de la Nación española sólo pudiera suspender acuerdos municipales, a tra-

*vés de su Delegado en la Comunidad, en el solo supuesto previsto en tal artículo, esto es, a título muy excepcional, y, en cambio, el Consejero de una Comunidad Autónoma lo pudiera hacer en casos tan singulares como el presente, en el que, a lo sumo, la supuesta infracción sólo podría afectar a un sector muy limitado.*

El hecho de que el tema en estudio, el de la suspensión acordada por la Generalidad de Cataluña, constituye una modalidad en el ejercicio de la misma, respecto del tema fundamental de la impugnación jurisdiccional del acto suspendido, tanto por el momento en que se produce como por la Autoridad que la decreta, evidencia su conexión íntima y su pertenencia al sistema de recursos judiciales frente a los actos de las Entidades Locales, y, por lo tanto, su inclusión en las Bases del régimen jurídico de una Administración Pública, como es la Administración Local, lo que obliga a considerarlo comprendido entre las materias de competencia exclusiva del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 149.1.18.º de la Constitución.

Es por este motivo por lo que el Tribunal Constitucional, en reciente Sentencia —de 11 de noviembre de 1988 (R. T. Const. 213)—, ha declarado inconstitucionales, y por tanto nulos, el artículo 9, apartado 1.º, letras e) y f), así como los artículos 11, 12.3, 14.2 y 29.3, en cuanto contienen remisiones a los preceptos anulados en primer término, de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1984, aunque, por error de fecha, le asigna la de 28 de octubre, y no la verdadera, de 9 de enero de dicho año 1984.» (Sentencia de 25 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 486.)

#### B) *Impugnación de acuerdos por el Estado o la Comunidad Autónoma.*

*El principio de autonomía local obliga a aplicar con el mismo rigor los criterios del artículo 122 LJ a las solicitudes de suspensión de acuerdos locales formuladas en virtud de la impugnación de los mismos que regulan los artículos 63 y ss. LBRL, para evitar que, de otro modo, puedan pervivir las facultades gubernativas de suspensión suprimidas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«El único motivo por el que la Administración autonómica recurrente solicitó la suspensión de los efectos ejecutivos de la licencia que impugnaba consistía en que fue desfavorable y era vinculante el informe que se había de aportar por exigirlo el Decreto de 23 de diciembre de 1964 sobre Centros y Zonas de interés turístico, y, por su parte, el Tribunal *a quo* accedió a la suspensión por la "dificultad real de reparar el daño, por la naturaleza y número de viviendas objeto de la licencia otorgada, más el posible hecho de ventas anticipadas a terceras personas por la promotora".

En el estado actual de esta apelación no se dispone de elementos de juicio para valorar si la licencia fue o no concedida conforme a derecho —ni es ocasión la presente, por otra parte, para, aunque se dispusiera de aquéllos, hacer calificación alguna al respecto—, como tampoco puede hacerse acerca de si el informe invocado tiene la consecuencia que dicha Administración autonómica le atribuye, pero es que, a efectos de citada suspensión, lo único que ha de tenerse en cuenta, según la normativa legal específicamente aplicable, es si los eventuales perjuicios dimanantes de aquélla son de difícil o imposible reparación, y, en trance de ponderar tal condicionamiento, hay que entender que *aunque, por unas u otras circunstancias, la licencia se invalidara, tal hecho y todas sus consecuencias* —incluidos aquellos eventuales efectos lesivos para terceros—, *en definitiva, sólo tienen una trascendencia puramente pecuniaria, sin proyección alguna, ni siquiera en esa esfera, para los intereses pu-*

*blicos, en cualquier caso prevalentes respecto de los privados, y de las cuales podrá responder, como Entidad notoriamente solvente, el Ayuntamiento que concedió la licencia legítimamente de la actividad urbanística pretendida desarrollar, si es que, en efecto, había obrado contraviniendo cualquier norma determinante del carácter reglado con que debió proceder, a la vez que la Empresa promotora de ésta que al acuerdo de suspensión se ha opuesto.*

Pero es, por otra parte, que no puede prescindirse de la circunstancia de que ningún privilegio conservan los Organos estatales ni los de carácter autonómico para lograr, fuera del caso general establecido por los artículos 122 y concordantes de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la suspensión de los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales, y, por supuesto, si es que se cumple el condicionamiento que en ellos se prevé, al haber sido privados de la tradicional potestad de hacerlo por sí, sobre todo los primeros, según resulta de los artículos 63 y concordantes de la Ley de Bases de Régimen Local y 196 y siguientes del Reglamento, ambos citados en los "Vistos", que, conforme ya se había dispuesto por el Real Decreto-ley y la posterior Ley —también citados en éstos—, sustituían dicha potestad por la de accionar por vía de impugnación ordinaria, en la que simplemente, como en cualquier otro proceso jurisdiccional, les era posible solicitar del Tribunal correspondiente la suspensión de la resolución impugnada, y como quiera que todas estas disposiciones eran necesaria consecuencia del principio de autonomía de las Entidades Locales consagrado por la Constitución, *siempre será necesario evitar que en estos casos, aplicando un criterio menos riguroso que el que citados artículos de la Ley Reguladora imponen, se produzca, indirectamente, el resultado de que pervivan facultades gubernativas de dicha manera suprimidas.*» (Auto de 13 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1978.)

### C) Adopción de acuerdos.

*A pesar de reconocer las dificultades en aplicar estrictamente el régimen de abstenciones de los concejales en acuerdos que les afecten, en el caso de municipios tan pequeños en que por fuerza existen relaciones de parentesco entre los interesados y los concejales, el TS anula el acuerdo, alegando que las razones de justicia material en sentido contrario difícilmente serían explicables para todos los ciudadanos.*

«En cuanto a la cuestión sometida a la revisión de la Sala, el artículo 227 del Reglamento establece que *el Alcalde y los Concejales no podrán tomar parte en las deliberaciones y acuerdos sobre los asuntos en que tengan interés directo, ya sea personalmente o como encargados o apoderados, o que afecten de igual modo a sus parientes hasta el tercer grado inclusive.* Ciertamente, en la aplicación de este precepto en este caso concreto no pueden dejar de ser tenidas en cuenta las siguientes precisiones: a) de los siete Concejales, incluido el Alcalde, que formaban la Corporación de Villabáñez, seis de ellos eran interesados en el tema de la adjudicación de parcelas, entre ellos el recurrente señor C. R.; b) los tres Concejales que votaron en contra fueron don Juan A. R., don Santiago de C. R. y don Román S. M., parientes muy próximos de los cuales resultaron adjudicatarios definitivos; c) de los cuatro Concejales que votaron a favor, don César P. de la F. no fue beneficiario, personal o a través de parientes, ni en la adjudicación provisional ni en la definitiva; el Alcalde señor C. R. resultó adjudicatario definitivo y ya antes lo era provisional; la Concejal doña Mercedes S. M. tuvo parientes próximos adjudicatarios definitivos que también lo habían sido provisionales; y sólo el Concejal don Desiderio del V. R. resultó adjudicatario definitivo y no lo había sido provisional; d) las modificaciones llevadas a cabo con la adjudicación definitiva tuvieron como objeto o finalidad el principio de las condiciones más ventajoso-

sas económicamente para el Ayuntamiento en el importe global, tesis aceptada por la Sentencia de instancia y que no ha sido combatida por los recurrentes apelados, que se han aquietado con la misma; e) la propia Sentencia de instancia deja a salvo el comportamiento ético de la Corporación, "constreñida a conciliar intereses de sus miembros con las limitaciones impuestas por el medio rural"; estas limitaciones indudablemente hacen referencia a municipios de tan escaso número de habitantes —como lo es indudablemente Villabañez— que los lazos de parentesco ligan a la inmensa mayoría; en el caso que nos ocupa basta leer las listas de adjudicatarios provisionales o definitivos para ver la coincidencia de apellidos. No obstante ello, *ni aun por razones de justicia material —que muy probablemente no serían explicables para todos los ciudadanos— puede soslayarse el sólido baluarte negativo que representa el artículo 227 citado, lo que comporta la desestimación del recurso y, por ende, la confirmación de la Sentencia apelada.* (Sentencia de 3 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1717.)

#### D) Derechos de los concejales.

Vid. LIBERTADES. C.2. *Derecho al desempeño de cargos públicos.* (Sentencia de 7 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 2.ª, Ar. 1948.)

Vid., también, C.1 *Derecho a participar en asuntos públicos.* (Sentencia de 10 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 2.ª, Ar. 2005.)

## VI. COLEGIOS PROFESIONALES

### *Potestad disciplinaria.*

*Se reitera la doctrina general, recogiendo la establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, acerca de la potestad disciplinaria o sancionadora de los Colegios de Abogados y de la suficiencia de su actual cobertura legal.*

«La cuestión referente al planteamiento de inconstitucionalidad en bloque del ordenamiento de los Colegios Profesionales y del Estatuto General de la Abogacía —Leyes de 13 de febrero de 1974, modificada por la de 26 de diciembre de 1978, y Real Decreto 2090/82, de 24 de julio, Estatutos de 1946 y 1947, etcétera— no es nueva para la Sala en cuanto que en procesos anteriores sobre el mismo tema (expedientes disciplinarios seguidos al actor por el Colegio de Barcelona, Apelaciones núms. 1208/87 y 769/87), la Sala, en las Sentencias de 23 de septiembre y 9 de noviembre de 1988, ha declarado la improcedencia de sugerir tal cuestión al proclamarse la legalidad formal del Estatuto de la Abogacía y la constitucionalidad de la Ley de Colegios Profesionales. *El propio Tribunal Supremo, en Sentencias de 7 de julio de 1983 y 1 de abril de 1986, ha declarado la improcedencia de los recursos contencioso-administrativos que impugnaron, por razones constitucionales y de legalidad ordinaria, el Real Decreto 2090/82 y que el propio Tribunal Constitucional reitera en la Sentencia de 15 de julio de 1987 (R. T. Const. 123). Allí se ha dicho (Sentencia de 1 de abril de 1986) que si bien el artículo 36 de la Constitución española eleva a norma de rango constitucional tanto el criterio de regulación legal de las profesiones tuteladas como el principio de régimen corporativo o colegial, de manera que si en la norma superior o constitucional se contiene la previsión básica sobre lo que sea la especificidad peculiar de las actividades profesionales se traslada, sin embargo, al ámbito de la legislación ordinaria la regu-*



*lación de los Colegios Profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, sin que quede excluida la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado (via Reglamento) de las leyes formales que han de contener inexcusablemente las líneas básicas de regulación de las profesiones, así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales.* El Estatuto de la Abogacía viene a sustituir los anteriores de 1946 y 1947 y se ampara en lo preceptuado en la Ley de Colegios, artículo 6, y también en lo dispuesto en el artículo 863 de la Ley Orgánica de 1870 —corroborado en los artículos 439 y 442.2 de la Ley 6/85—, que prevé la posibilidad de la regulación estatutaria por vía reglamentaria (art. 97 de la Constitución española), si bien respetando los criterios o principios que se deducen de la jerarquía normativa, y de los principios constitucionales y de derecho comunitario, además de los principios generales del Derecho que sin duda enmarcan la potestad normativa de la Administración, y en este sentido pueden aducirse las Sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de febrero y 24 de julio de 1984 (R. T. Const. 23 y 83), y lo establecido —para aspectos parecidos pero básicos— por la Ley Orgánica 6/85, en los artículos 439 y 442.2; apareciendo, además, como no dudosa la constitucionalidad del artículo 6 y preceptos concordantes de la Ley de Colegios Profesionales, sin perjuicio de resaltar la necesidad sentida de una nueva regulación actualizada y plenamente acorde con los principios constitucionales.

La jurisprudencia también ha establecido que la Constitución española, artículo 36 y preceptos concordantes, remite a la ley ordinaria la regulación de las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales. Unido a que la doctrina del Tribunal Constitucional —Sentencias 2 y 42/87, de 21 de enero y 7 de abril (R. T. Const. 2 y 42), etc.— ha precisado que en las situaciones nacidas en el seno de una relación especial de sujeción, la propia reserva de ley (art. 25 de la Constitución) pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresión de una capacidad administrativa de autoordenación que la distingue del *ius puniendi* del Estado. *La reserva de ley no excluye* —en algunos casos— *la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley* (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984).

*Por otra parte, la jurisprudencia constitucional* —Sentencias de 8 de abril y 7 de mayo de 1981 (R. T. Const. 11 y 15), etc.— *ha declarado la no posibilidad de exigir reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior.* Y por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, "el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada". *Asimismo, se entiende que no infringe la exigencia constitucional de la reserva legal el supuesto de norma reglamentaria postconstitucional si se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material* —Sentencia 83/84 (R. T. Const. 83) del Tribunal Constitucional—. *En definitiva, cabe sostener* —Sentencia, entre otras, de 29 de febrero de 1988— *que la Ley de Colegios Profesionales presta habilitación suficiente a los Colegios para determinar limitaciones deontológicas a la libertad de ejercicio profesional de los Colegiados.* Por otro lado, y respecto del tema planteado, la Ley Orgánica del Poder Judicial mantiene al remitirse a la legislación general sobre Colegios (art. 439), a la vez que preceptúa (núm. 2 del art. 442) que la responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos, que deberán respetar, en todo caso, las garantías de la defensa de todo procedimiento sancionador.» (Sentencia de 16 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 2089.)

## VII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

*Reversión. Derecho de reversión por desafectación de terreno pese a quedar afectado a otro fin de interés público. Sustitución de la restitución «in natura» por indemnización sustitutoria. Terrenos expropiados para construir un Aeródromo que posteriormente se destinará a Universidad.*

«Pasando ya al estudio de las cuestiones de fondo debatidas en relación con las alegaciones de la representación de la Administración apelante, y principiando por la relativa al derecho de reversión actuado por los reclamantes, es claro —como argumenta la Sentencia recurrida en su cuarto fundamento de derecho, que sustancialmente se acepta en la presente— que desaparecido el Aeródromo para el que se produjo la expropiación de los terrenos litigiosos, producida por la Administración la desafectación de los mismos al fin de dicha expropiación forzosa, ejercitado dentro del plazo previsto en el artículo 55 citado, nació el derecho a la devolución de dichos terrenos, sólo condicionada a dicha petición formal, para sus primitivos dueños o sus causahabientes, como resulta del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y del artículo 63.4 de su Reglamento; y ello porque, en definitiva, desapareció la "causa expropiandi" que justificaba la actividad expropiatoria; así, el origen de ese derecho a favor de los recurrentes es reconocido por la Administración titular de los bienes desafectados mediante su comunicación de 25 de febrero de 1975, anteriormente aludida, aun cuando la Administración discuta que tal derecho se hubiera ejercido dentro del plazo legal establecido; mas, con lo anteriormente expuesto, ha quedado obviado dicho impedimento procedimental alegado por el señor Letrado del Estado, habiéndose de entender que los recurrentes al ejercitar su derecho de reversión consolidaron el que tienen a recobrar los terrenos expropiados, previo abono a la Administración de su justo precio, estimándose como tal "el valor de la finca en el momento que se solicita la recuperación, fijado con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo III del Título II de esta Ley", como dispone el primer párrafo del artículo 54 de la citada Ley de Expropiación Forzosa; pues bien, este derecho no resulta desvirtuado, en cuanto a su reconocimiento jurídico, por la "mutación demanial" operada el 30 de abril de 1975 —fecha posterior a la desafectación de los terrenos, así como al inicio del expediente de reversión y a la petición formulada por los antiguos propietarios o por sus causahabientes—, a favor del Ministerio de Educación y Ciencia, no resultando afectado aquel derecho por la declaración de "utilidad pública" por el Decreto 2042/1981, de 24 de julio, para la construcción de la Universidad de Alicante, pues tal declaración no atribuye, por sí sola, titularidad dominical a la Administración ahora identificada en dicho Departamento Ministerial, al no estar seguida del adecuado ejercicio concreto de la potestad expropiatoria a favor de la misma, ya que los actos realizados por el Ministerio de Educación y Ciencia, mediante documentos de 30 de abril —subsanaos y nuevamente redactados el 1 de junio—, de 25 de noviembre de 1982 y 14 de marzo de 1983, aunque lo fuera para un "destino público", cual es la enseñanza universitaria, no empece a lo anteriormente expuesto sobre el derecho de los reclamantes a la reversión solicitada.

Por lo anteriormente considerado, no existe duda que los peticionarios tienen, en principio, derecho a recobrar los terrenos en litigio expropiados en su día a los antiguos propietarios, siempre abonando a la Administración su justo precio; sin embargo, es un hecho de mostrado en las actuaciones que la Administración demandada, haciendo caso omiso de la prohibición establecida en el artículo 66.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa —en claro funcionamiento anormal de los servicios públicos—, construyó sobre dichos terrenos diversos edificios destinados a un fin distinto de aquel para el

que fueron expropiados, cual es el de la Universidad de Alicante; mas estas construcciones, así como la modificación experimentada por los terrenos a virtud de la instalación en ellos del Aeródromo de La Rabasa, originaron la imposibilidad de la reversión *in natura* de los terrenos expropiados, y si bien ésta no ha de considerarse como "una imposibilidad física, material y absoluta", sin embargo, razonablemente entraña una "imposibilidad jurídica" derivada de la titularidad de las edificaciones construidas y del interés público que en ellas tiene que ser legalmente amparado, máxime cuando tales obras son susceptibles de legalización mediante los procedimientos correspondientes; ahora bien, a este concreto respecto, la Administración demandada intenta negar que sea posible la indemnización sustitutoria de la impedida reversión *in natura* solicitada por los expropiados, alegando que, por carecer el hipotético derecho de reversión de valor patrimonial, al no tener los bienes de cuya devolución se trata valor comercial por el destino público de los mismos, si como sucede en el presente caso —añade— las autorizaciones de "mutaciones demaniales" se hicieron sobre bienes que gozaban o sufrían a su vez, en su nuevo destino, del beneficio de la expropiación forzosa, el posible derecho de reversión del titular expropiado se desvanece, en el sentido de que, al carecer de contenido económico, desaparece la protección pública de aquéllos, porque habrían de ser tasables los mismos con idéntica cantidad tanto para la reversión como para la nueva expropiación; pues bien, frente a dicha tesis de la Administración se ha de tener en cuenta que el actual derecho de reversión no se ejercita sobre bienes de derecho público o con un destino público, toda vez que la "desafectación" que se produjo por la Administración, y por la que se otorgó a los expropiados la posibilidad de ejercitar el derecho de reversión, desligó a referidos terrenos del fin a que la expropiación se dirigía, quedando los mismos sometidos necesariamente al expediente de reversión iniciado, una vez que los interesados, en contestación al ofrecimiento de la Administración, manifestaron claramente su voluntad de "readquirir" dichos bienes, cuyo expediente habría necesariamente de concluir con la devolución a los mismos; por otra parte, la tesis mantenida por la Administración al respecto privaría de contenido práctico a la reversión contemplada en los supuestos de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, desde el momento de que aun iniciado por aquélla un expediente a tal fin y una vez desaparecida la afectación a la expropiación de los bienes, la Administración pudiera libérrimamente disponer de los bienes referidos, a través de "mutaciones" unilaterales a otros Organos de la Administración, ya que en este caso ningún sentido tendría el artículo 66.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa; por todo lo cual ha de inferirse que el "derecho de reversión" de los bienes expropiados y luego "desafectados" de la expropiación, una vez ejercitado por los antiguos propietarios su derecho a recobrarlos, tiene un contenido patrimonial y, por lo tanto, económico susceptible de protección jurídica. En otro aspecto, la Administración demandada también señala que "aun en la hipótesis de que tuviese contenido patrimonial, debería rechazarse el hecho de que la indemnización abarcara también a los edificios construidos sobre los terrenos respecto de los que opera el derecho de reversión", al entender que la Administración ha actuado en todo momento legitimada por un "título", cual es el de la expropiación forzosa; ahora bien, esto ha de entenderse respecto de las edificaciones construidas sobre los terrenos, para las instalaciones de las Facultades y demás servicios de la Universidad de Alicante, respecto de los cuales —como después se analizará— no está claro que incida el derecho de accesión a favor de los propietarios de los terrenos —sea dicho esto a los solos efectos de lo establecido en el artículo 4 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción—, por lo que, efectivamente, se ha de concluir diciendo que en la cuantificación de la indemnización sustitutoria de la reversión *in natura* de los bienes expropiados y luego desafectados no se ha de abarcar el valor de dichos edificios, puesto que, además, no existían en los terrenos cuando primitivamente fueron expropiados. Asimismo, y por otra parte, la representación de la Administración demandada, ahora en este punto apelante, preten-

de justificar la improcedencia de la indemnización sustitutoria —e incluso la procedencia de la reversión— en que, a través de la figura jurídica de la prescripción adquisitiva, el Estado adquirió la propiedad de los inmuebles en cuestión; ahora bien, se ha de decir —a los solos efectos del artículo 4 de la citada Ley Jurisdiccional— que en las actuaciones no existen acreditamientos suficientes para inferir que dicha adquisición de la propiedad se haya válidamente producido, amén de que el sistema general de la prescripción adquisitiva previsto para otras situaciones jurídicas privadas no es de aplicación al supuesto de actual referencia, cuyo ejercicio y fundamentación jurídica se sujeta a normas específicas entre las que el actual legislador, al contrario que el anterior, no ha estimado oportuno introducir un plazo de prescripción adquisitiva en estos supuestos. Por todo lo cual se ha de concluir diciendo que los actuales reclamantes tienen, en principio, derecho a recobrar los terrenos litigiosos, previo abono a la Administración de su justo precio; mas como quiera que por las razones apuntadas no es jurídicamente posible la reversión *in natura*, ésta ha de sustituirse conforme a lo dispuesto en el artículo 66.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, por la indemnización económica correspondiente, a cuantificar en la forma y con el alcance que seguidamente se expone.» (*Sentencia de 7 de febrero de 1989, Sala 3.º, Ar. 1085.*)

### VIII. FORMAS DE ACTUACIÓN

*Actividad arbitral. Se califica como tal la intervención administrativa en materia de viviendas de Protección Oficial, cuando dictamina sobre la calidad de las viviendas en el seno de un conflicto entre constructor y comprador.*

«Ya en este punto será de advertir que la Administración abstencionista típica del Estado liberal ha sido sustituida por una Administración intervencionista alumbrada por el Estado Social de Derecho y, por ello, la tradicional clasificación trimembre de la actuación administrativa —Policía, Fomento y Servicio público— ha sido enriquecida con nuevos miembros, entre los que figura la *actividad arbitral de la Administración*, que se manifiesta claramente en supuestos como el litigioso. Con ello los informes de los técnicos de la Administración, ajenos a los intereses en juego —promotor y adquirentes de las viviendas—, gozan de una particular presunción de acierto o veracidad, ciertamente "iuris tantum".

Y así, recordando que la cédula de calificación definitiva no puede alterar la realidad subsanando documentalmentevicios que aparecen en la materialidad de la construcción —Sentencias de 24 de marzo, 4 de abril y 7 de junio de 1988, entre otras muchas— y admitiendo la inaplicabilidad al supuesto litigioso *ratione temporis* de la Orden de 24 de noviembre de 1976, aprobatoria de las Normas técnicas de diseño y calidad de las Viviendas Sociales, ha de entenderse que el revestimiento de la chimenea de la calefacción a la que se refieren estos autos no fue correctamente ejecutado —al margen del acierto del proyecto—, pues el dictamen del técnico de la Administración no se ha desvirtuado mediante una prueba pericial practicada con las garantías que de su regulación procesal derivan y que acreditase que el tan prematuramente lamentable estado de la chimenea tenía su causa en la negligencia de los adquirentes de las viviendas. Y es de añadir que la hoy parte apelante solicitó el recibimiento a prueba de estos autos para acreditar "que los daños existentes en dicha conducción son debidos únicamente a la falta de mantenimiento y conservación de dicha conducción", sin que abierto efectivamente el período probatorio se solicitase prueba alguna al respecto.

Han sido, pues, aplicados correctamente en el supuesto litigioso los artículos 111 y 153.C.6 del Reglamento de 24 de julio de 1968.» (*Sentencia de 19 de febrero de 1989, Sala 4.º, Ar. 1102.*)

## IX. POLICÍA

*Autorización. Autorización de funcionamiento en el caso de licencias relativas a carteleras publicitarias. Creación de una relación de sujeción especial que permite la alteración de las condiciones de la actividad autorizada, lo que no debe confundirse con una posterior eficacia retroactiva de la norma que modifica las condiciones.*

«A) En el primer sentido será de recordar que las licencias relativas a las carteleras publicitarias integran autorizaciones de "funcionamiento" —Sentencias de 9 de febrero de 1987, 20 de enero de 1988, etc.—. En cuanto que habilitan para el desarrollo de una actividad a lo largo del tiempo generan una relación permanente con la Administración que no queda, así, limitada al momento inicial de la colocación del cartel, sino que se mantiene durante todo el tiempo de permanencia de éste para asegurar el cumplimiento de las exigencias del interés público, tan manifiesto en unos carteles que al resultar visibles desde la vía pública, de una parte, influyen en aspectos de gran importancia de la vida social —tráfico, estética, etc.— y, de otra, dan lugar desde el punto de vista jurídico a un uso común especial de bienes de dominio público.

*Están, pues, tales licencias sometidas a la condición implícita de tener que ajustarse en todo momento a las exigencias del interés público, de suerte que si éstas cambian las carteleras habrán de adaptarse a ellas, incluso, en supuestos extremos, procediendo a su retirada.*

Ha de entenderse, pues, válida la transitoria primera, punto uno, de la Ordenanza, que no hace otra cosa que aplicar la doctrina expuesta y que, en último término, no desarrolla su virtualidad en el terreno de la retroactividad de las normas, sino en el del mantenimiento de la adecuación de las carteleras a las nuevas demandas del interés público, mantenimiento éste que forma parte del sentido institucional de unas licencias que generan una situación de sujeción especial.

Innecesario es advertir que las conclusiones expuestas, aplicables a las carteleras legitimadas por licencia, han de afectar también a las que carecen de ésta, aunque haya transcurrido el plazo del artículo 185 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, modificado por el Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre. De recordar será a este respecto la doctrina establecida por esta Sala en las Sentencias de 7 de mayo de 1986, 20 de enero de 1988, etc.

B) La disposición transitoria primera, punto dos, establece un cierto plazo de vigencia para las licencias otorgadas en 1986.

No se trata ya aquí de adaptar unas carteleras a las nuevas exigencias del interés público, sino de introducir un cierto plazo para la eficacia de las licencias. Ciertamente, el plazo en este tipo de licencias es perfectamente lógico —Sentencia de 20 de enero de 1988—, pero la cuestión planteada ahora es la de la posibilidad de la alteración de dicho plazo respecto de licencias ya existentes. Sin perjuicio de lo dicho en el apartado anterior respecto de las "carteleras", cabe indicar que la transitoria discutida es válida en cuanto con ella se respetan o amplían los plazos de las licencias ya otorgadas.

*Pero no ocurrirá lo mismo si existieran licencias cuya efectividad tuviera previsto un mayor plazo: aquí habría de entrar en juego el principio de la irretroactividad de los Reglamentos, que en nuestro Derecho se ha construido con invocación de distintos fundamentos, de entre los cuales es de recordar el que deriva del artículo 9.3 de la Constitución. Respecto de estas licencias cuyo plazo sea de mayor duración que el derivado de la disposición transitoria primera, punto dos, ésta es nula.» (Sentencia de 2 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 377.)*

## X. SERVICIO PÚBLICO

*Obligación de prestación por mayorista autorizado en Mercado Central. Alegada por la Administración la falta de actividad comercial, corresponde al autorizado demostrar lo contrario.*

Vid. II. ACTO ADMINISTRATIVO, A). (Sentencia de 20 de febrero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 1278.)

## XI. AGUAS

*Derecho vigente.*

*Real Decreto 2473/1985, de 27 diciembre, sobre tabla vigencias. Nulidad parcial en tanto no incluye como norma vigente la Ley 7 de enero de 1915, si bien circunscrita a la reserva y asignación de caudales para el sistema de riegos del Alto Aragón.*

«Respecto a la invocada nulidad del Real Decreto impugnado, basada, a juicio del actor, en apartarse en su desarrollo del mandato legal recibido, debe tenerse en cuenta que la Disposición derogatoria tercera no faculta al Gobierno para derogar disposiciones con rango de Ley, sino única y exclusivamente —al "completar la tabla de vigencias" que ordena— precisar cuáles del bloque de legalidad vigente en la materia, tanto leyes como reglamentos, han sido derogadas por ser contrarias a la nueva regulación y cuáles permanecen en vigor por ser compatibles con ella, es decir, tal disposición no contiene una delegación legislativa que le faculte para derogar normas con rango de Ley, sino que su objetivo es más limitado, pues con dicho mandato se trata exclusivamente de realizar una labor de clarificación de la normativa vigente en la materia, por lo que repetido Real Decreto al relacionar en cuatro apartados las disposiciones que quedan derogadas y las que permanecen vigentes se ha ajustado formalmente al mandato legal, sin perjuicio de que en su contenido, como luego se dirá, haya incurrido en la vulneración que se le atribuye al dar por derogada la Ley de 7 de enero de 1915.

Sobre la concreta cuestión de si la repetida Ley de 7 de enero de 1915 está o no vigente y, por tanto, si debió o no incluirse en la tabla de vigencias del referido Real Decreto como disposición en vigor, debe consignarse que en la indicada Ley hay una parte relativa a la ejecución de las obras de riego para las que se establece un plazo máximo de veinticinco años, plazo que ya cumplió y que, por consiguiente, debe entenderse consumado su mandato, en cuanto como Ley temporal el transcurso del término lleva aparejada el fin de vigencia de la Ley, en definitiva a su amparo no pueden continuarse unas obras que, en cualquier caso, necesitarían unas dotaciones económicas de la facultad del poder legislativo; pero en la Ley también hay otra parte por la que se destinan o aportan caudales de los ríos Gállego, Cinca, Sotor, Aztón y Guatizalema al riego de las zonas de Sobrarbe, Somontano y Monegros, y esta parte trasciende del plazo de los veinticinco años en cuanto precisamente el plan de obras tiene por finalidad establecer la infraestructura necesaria para el aprovechamiento futuro de las aguas, y así se desprende con toda evidencia no sólo de su artículo 3.º, al ordenar una distribución del presupuesto de las obras de ejecución en la forma que exige el desarrollo de las mismas "para que puedan utilizarse en lo posible a medida que se construyan", y de su artículo 5.º, que dispone que "el Estado explotará las aguas aplicando las tarifas que figuran en el proyecto que se adopte", sino también del Real De-

creto-ley de 17 de enero de 1925 sobre ampliación a otros cauces de lo dispuesto en la Ley de 7 de enero de 1915, en cuyo artículo 2.º se establece que "durante los diez primeros años siguientes a aquellos en que se ponga el agua a disposición de sus propietarios de las sucesivas zonas...", en definitiva todo ello significa la pervivencia de las normas reguladoras del aprovechamiento de los caudales que discurren por los canales construidos, aparte de que suponer que la Ley de 7 de enero de 1915 se extinguió totalmente por el transcurso de los veinticinco años prescritos para la ejecución de las obras de riego, supondría, también, dejar huérfanos de regulación legal tales aprovechamientos que tienen lugar a través de sus cauces y, por ende, la precariedad de una situación, cuando precisamente la razón de ser del plan de obras tiene por finalidad tal aprovechamiento de las aguas para riego. No es admisible la tesis mantenida por la Administración de que el único título para adquirir el derecho al aprovechamiento de aguas públicas fuera antes la prescripción y la concesión y hoy sólo la concesión, pues antes y ahora la Ley es fuente de derechos y obligaciones y, por tanto, título legítimo para adquirir derecho al uso privado de tales aguas públicas, y así el artículo 50 de la vigente Ley de Aguas dispone que el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, y el artículo 51.5 establece que los derechos adquiridos por disposición legal se perderán según lo establecido en la norma que los regula, o, en su defecto, por disposición normativa del mismo rango.

De todo lo expuesto se desprende que la Ley de 7 de enero de 1915, en cuanto afectó o destinó caudales de los ríos Gállego, Cinca, Aztón y Guatizalema al riego de las zonas de Sobrarbe, Somontano y Monegros, contiene el título de su aprovechamiento, no una simple expectativa, y, por tanto, no sólo está vigente, sino que debió incluirse expresamente en el apartado cuatro del citado Real Decreto, tal como se solicita por la entidad actora, procediendo, en consecuencia, estimar en parte el recurso y declarar su nulidad, sólo en el particular que no incluye a la citada Ley en su apartado cuatro, como disposición vigente.» (*Sentencia de 20 de enero de 1989, Sala 3.ª, Ar. 144.*)

## XII. MONTES

*Vecinales en mano común. Disfrute de los bienes por los vecinos en nombre del Ayuntamiento, sin poder acceder en ningún caso a su propiedad. Regulación de su uso a través de Ordenanza local.*

«CONSIDERANDO.—Que en los anteriores asuntos citados fallados por esta Sala y en virtud del principio de unidad de doctrina que consagra el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, se hace constar lo siguiente: 3.º CONSIDERANDO: Que la primera y sustancial precisión que debe hacerse para determinar la razón que pueda asistir al actor, frente a las resoluciones que le deniegan la continuación en el disfrute del lote que venía llevando a nombre de su padre —con la excepción de la finca a que se ha hecho referencia— es la de que los bienes a que se contraen las discutidas cesiones tienen el carácter de comunales, definidos por el artículo 187 de la Ley de Régimen Local como los de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos, y el artículo 2 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales, en que divide los bienes patrimoniales de las mismas en los Municipios en de propios y comunales, y éstos definidos por el artículo 5.b) como aquellos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde exclusivamente a la comunidad de vecinos; en tal condición son los entes locales los que regulan su disfrute por ser titulares del derecho patrimonial y pertenecerles los derechos administrativos derivados del mismo en su condición de representantes legales de la Comunidad; los vecinos disfrutaban los bienes en nombre del Ayuntamiento como propietario, y los poseen al modo en que lo hace

*un arrendatario o precarista en nombre del titular; y como no pueden ser poseídos a título de dominio, los actos que pueden ejercitar sobre ellos son de simple disfrute y el Ayuntamiento solamente vendrá obligado a cumplir con las condiciones de la norma reguladora del disfrute, sin necesidad para recuperarlos de ejercer acciones de reivindicación, no pudiendo el que las disfruta acceder a su propiedad ni a través de una posesión, que no tiene título de dueño, ni del ejercicio del derecho arrendaticio de cesión a la propiedad incompatible con la naturaleza de los bienes comunales, que son inalienables, imprescriptibles o inembargables, conforme disponen el artículo 188 de la Ley de Régimen Local y 94 del Reglamento de Bienes. 4.º CONSIDERANDO: Que los Ayuntamientos gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, lo proclama el artículo 137 de la Constitución y, consecuentemente, tienen la potestad de dictar normas, lo que va venia a declarar el artículo 108 de la Ley de Régimen Local al preceptuar que en la esfera de su competencia los Ayuntamientos podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos que no contendrán preceptos opuestos a las Leyes o disposiciones generales y a ratificar los artículos 5 y 7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al comprender el primero entre los medios de intervención de las Corporaciones en la actividad de sus administrados, entre otros, las Ordenanzas y Reglamentos, que son, conforme expresa el segundo, la forma que han de revestir las disposiciones de las Corporaciones, que han de regir con carácter general. 5.º CONSIDERANDO: Que el Ayuntamiento de Tauste para regular el aprovechamiento y disfrute de sus Montes y Terrenos Comunales, haciendo uso de las facultades que reconoce a la Administración Local el artículo 191, apartado h), de la Ley en orden a la administración, regulación y aprovechamiento de dichos bienes, y partiendo de que de inmemorial su forma de explotación fue la cesión a los vecinos de parcelas mediante pago de un canon en el régimen conocido como "labor y siembra", aprobó la ordenanza reguladora en agosto de 1963, visada por el Gobernador Civil de Zaragoza en 7 de septiembre siguiente, ordenanza que constituye la norma básica de aquel régimen de aprovechamiento, además de las disposiciones que en ella se citan como de aplicación, cuales son la legislación de arrendamientos rústicos, dado el carácter que da a la cesión su artículo 1.3 y con carácter supletorio las normas del R.O.F. Reglamento de bienes y disposiciones civiles en cuanto no se opongan a la naturaleza administrativa de los bienes sujetos al régimen de cesión.» (Sentencia de 24 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 430.)*

### XIII. COMERCIO

*Agente de Aduanas. Naturaleza. Son colaboradores de la Administración, no funcionarios. Debe ser calificado como representante del importador, lo que le convierte en responsable del tributo frente a la Administración.*

«En el heterogéneo conglomerado en que consiste la *Renta de Aduanas*, el más característico de sus tributos es aquel cuyo hecho imponible aparece configurado por la entrada provisional o definitiva de mercancías en el territorio nacional, exceptuadas las áreas arancelarias exentas. Los obligados al pago de los "derechos arancelarios", reflejo semántico de su origen histórico como "regalía", son las personas naturales o jurídicas que realicen las importaciones objeto de gravamen. En tal concepto de contribuyentes han de ser considerados los consignatarios, los viajeros, los destinatarios de los envíos por vía postal y, en general, los propietarios de los bienes introducidos —art. 5.º Texto Refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, así como el artículo 52 de las Ordenanzas—, dentro de la configuración que ofrece con carácter genérico el artículo 35 de la Ley General Tributaria.



En tal estructura subjetiva de la relación jurídica de naturaleza tributaria, aparece la figura de los *Agentes de Aduanas*, que ejercen una actividad mediadora.

En efecto, el Agente entra siempre en escena por obra de una previa declaración de voluntad de su cliente, explícita y con formalización documental, para las gestiones que conlleva la importación de mercancías. Es, por tanto, una mediación esencialmente voluntaria, no impuesta al importador, que podría actuar por sí mismo ante la Administración aduanera. Dentro incluso de la pluralidad de estos gestores cabe la libre elección de la persona y su remoción en todo momento, sin expresar ni menos aún justificar el motivo y razón determinantes (causa en sentido subjetivo o coloquial, no técnico). Finalmente, tal actividad es remunerada directamente por el cliente en cualquiera de sus modalidades. Estas características ponen de relieve que se está en presencia de una manifestación fenoménica del mandato representativo y retribuido que configura nuestro Código Civil (arts. 1709 y ss.), cuyo contenido a su vez constituye una actividad profesional por su habitualidad y permanencia. Desde la perspectiva de la Administración aduanera, estos intermediarios son colaboradores, nunca funcionarios, que ejercen funciones de interés público para el mejor desarrollo de la gestión aduanera, sin perder en ningún momento su carácter privado originario, al igual, por ejemplo, que los "habilitados de clases pasivas", según explica nuestra Sentencia de 7 de octubre de 1986.

El Agente de Aduanas ha de ser calificado como un *representante*, cuya condición le corresponde no sólo por su naturaleza de mandatario, según el Derecho civil o común, sino también y de consuno por quedar encuadrado en el ámbito genérico de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 24) y en el más concreto de la General Tributaria (art. 43), que permiten a los interesados y, por ello, a los sujetos pasivos con capacidad de obrar el actuar por medio de representante. Ahora bien, tal vinculación entre importador y Agente convierte a éstos en *responsables* del tributo, dentro del perimetro de esta modalidad que configura el artículo 40 de la mencionada Ley General, cuyo párrafo final, en su número 1.º, autoriza y deja en vigor los otros supuestos de responsabilidad previstos en las normas reguladoras de los distintos tributos.» (Sentencia de 1 de febrero de 1989, Sala 3.ª, Ar. 763.)

#### XIV. UNIVERSIDADES

*Competencia estatal y de las Comunidades Autónomas. Supuesto de competencia concurrente. Alcance de la legislación básica.*

Vid. I. FUENTES, A). (Sentencia de 31 de enero de 1989, Sala 3.ª, Ar. 630.)

#### XV. VIVIENDA

*Viviendas de Protección Oficial. Cobro de cantidades excesivas. No corresponde a la Administración determinar si existió cobro de sobreprecio ni ordenar la devolución de lo indebidamente cobrado. La Administración podrá sancionar si los tribunales ordinarios determinan que se cobró un sobreprecio.*

«Lo que ocurre es que, como obligado resulta de la normativa aplicable, el Tribunal "a quo" distinguió entre esas facultades administrativas para fijar inicialmente la renta en la cédula de calificación definitiva y la de cuantificar periódicamente sus incrementos —como, por ejemplo, ocurrió con los Decre-

tos de 23 de enero de 1971 y 4 de marzo de 1972, citados en los "Vistos"— y las restantes, a que acabamos de referirnos, en materia sancionadora, por una parte, y aquella otra cuestión que, por más que íntimamente relacionada con los extremos consignados, la propia legislación expresamente irradia de esa competencia administrativa, porque cuando —como en este caso ocurre— el origen del debate radica en la disconformidad existente entre el arrendador y el arrendatario sobre la improcedencia de haberse incrementado la renta en la forma en que el primero de ellos lo hizo, la discordia no podía ser dirimida por el Órgano administrativo sin incidir en causa de nulidad por incompetencia manifiesta, conforme al artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque después de que el artículo 122 del citado Reglamento dispuso que las rentas podrán ser incrementadas, el 123 explica que "el procedimiento para llevar a efecto los incrementos de renta a que se refiere el artículo anterior será el establecido al respecto por la Ley de Arrendamientos Urbanos, y para resolver, en su caso, las diferencias entre propietarios e inquilinos será competente la Jurisdicción de los Tribunales ordinarios".

La consecuencia práctica de la conjunción de las normas a que nos estamos refiriendo no es otra que la de resultar condicionada la potestad sancionadora de la Administración en los temas como el que es objeto de este recurso a que el Tribunal ordinario declarara improcedente el aumento de renta en cuestión, porque es precisamente esto, el ilícito administrativo que aquélla puede sancionar y, tras sancionarlo, decidir, en su caso, que se reintegra la cantidad indebidamente percibida, y, precisamente, se da la circunstancia de que no ha sido este procedimiento el seguido por el acuerdo impugnado, como acertadamente se hace ver por la Sentencia recurrida, la que por ello deviene confirmable, con consiguiente desestimación del recurso en que se actúa.» (Sentencia de 20 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 395.)

## XVI. URBANISMO

### A) *Plancamiento.*

*Es innecesario el estudio económico-financiero en la modificación de un Plan Parcial que confirma el destino y uso de los terrenos que habían tenido hasta ahora; de modo que al volverse al «status quo» anterior, no hay derecho a indemnización.*

«En 18 de noviembre de 1982, el Ayuntamiento de Valencia aprueba definitivamente el proyecto de Modificación del Plan Parcial número 2 por cambio de uso a escolar de diversos terrenos, cuyos límites viales señala; entablado recurso de reposición por el Instituto de los Hermanos Maristas y por la Escuela de Artesanos, es desestimado en 14 de julio de 1983. Llevada la cuestión a la vía jurisdiccional, se tramitan acumuladamente los recursos interpuestos por los impugnantes citados y por la Orden de los Padres Dominicos, con los números 1192, 1193 de 1983 y 620 de 1984, en los que recae Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia en fecha 20 de noviembre de 1987, en la que se anula el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a derecho al carecer la Modificación de estudio financiero y económico.

Recurrida la sentencia por el Ayuntamiento de Valencia, éste centra en su escrito de alegaciones la crítica de la sentencia en relación a lo que califica de cuestión básica, que es la innecesariedad del estudio económico-financiero. Y la fundamenta en que el derecho a edificar con aprovechamiento volumétrico específico y uso concreto urbanístico tiene como presupuestos indispensables cesiones de terrenos o inversiones en obras públicas; es un derecho que el propietario del suelo adquiere satisfaciendo tributos y contribuyendo a

la urbanización del polígono o unidad de actuación, en donde se ubica su parcela o suelo. Como sea que los actores hoy apelados no han intentado probar siquiera que hayan cedido gratuitamente terrenos, para viales, zonas verdes, etcétera; como, por su propia naturaleza, nunca han satisfecho impuestos en virtud de la exención de que han gozado, legalmente establecida, ni han satisfecho contribuciones especiales por aumento determinado del valor ni por beneficio especial; y como no han sido privados de sus terrenos edificados cuyos servicios urbanísticos utilizan sin haber contribuido a ellos, es evidente que no tienen derecho a indemnización alguna y que, por ello, resulta innecesario el estudio económico-financiero.

Ciertamente la concepción del derecho de propiedad que refleja la Constitución implica que el interés social ha de delimitar o definir su contenido; los Planes son el instrumento técnico material para ello y han de regular el uso del suelo en coherencia con lo que exija el interés general. El Ayuntamiento de Valencia estimó que era indispensable, en vista de las deficiencias en los equipamientos escolares que se habían detectado en las zonas a las que se contraen el presente litigio, modificar el uso de los terrenos, que pasarían a tener la calificación de escolares. Lo que se modificaba era el Plan Parcial de Ordenación número 2 de los de Valencia, aprobado en julio de 1968, que se remitía en cuanto a Ordenanzas de aplicación a las aprobadas por la Comisión Central de Sanidad el 23 de octubre de 1950 y 26 de enero de 1956 para la zona del ensanche. En su artículo 132 se decía que esta zona será de carácter residencial y su uso, condicionado por tal carácter, se destinará con preferencia a viviendas, comercios, almacenes, talleres y pequeña industria que no produzcan incomodidades, garajes, etc. En cuanto a los edificios públicos, de beneficencia, escolares, pertenecientes a corporaciones que se emplacen en la zona edificable, tendrán la altura permitida a las colindantes. Es decir, no cabe duda racional que la calificación del suelo llevada a cabo por el Plan no ha implicado innovación alguna, sino que al concretar el uso en escolar, en vista de las necesidades sociales evidentes que con él se venía a satisfacer, se ha venido a confirmar el destino, el uso de los terrenos y edificaciones que habían tenido hasta ahora los de los entes recurrentes; y esta coincidencia entre la calificación del Plan y el "status quo" anterior lleva la lógica consecuencia de la inexistencia de derecho alguno a indemnización, porque no puede sostenerse que tal asignación de uso, ya existente con anterioridad, signifique vinculación o restricción singular alguna, sino, a lo sumo, una mera limitación o más bien deber, que como dice el artículo 87 de la Ley del Suelo define el contenido normal del derecho de propiedad. De ahí que, si bien es doctrina harto conocida que si el Plan General cumple su cometido con acreditar desde una amplia perspectiva las posibilidades económico-financieras del territorio y la población y el Plan Parcial debe detallar los medios económico-financieros disponibles, además de su adscripción a la ejecución del Plan, de suerte que deben quedar concretadas las fuentes de financiación que quedarán afectadas a la ejecución del Plan, de acuerdo con una previsión lógica y ponderada que garantice la real posibilidad de su realización en función de la importancia y complejidad que presenten las determinaciones del planeamiento; en el caso que nos ocupa, esa previsión lógica y ponderada ha estado siempre presente en el Ayuntamiento de Valencia, al estimar la inexistencia de derecho de indemnización en la Escuela de Artesanos, Instituto de los Hermanos Maristas y Orden de los Padres Dominicos, de modo tan patente que hacía innecesario, y así lo aprecia también esta Sala, el estudio económico-financiero. Por ello, los acertados argumentos de la parte apelante, que han quedado expuestos merecen la aceptación de su recurso de apelación y, por ende, la revocación de la sentencia apela.» (Sentencia de 20 de febrero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 1281.)

B) *Calificación del suelo.*

*Es improcedente autorizar la realización de obras para la puesta en riego de parcelas calificadas en el plan como de «cultivo de secano», puesto que las consecuencias urbanísticas de las transformaciones agronómicas son extraordinarias: cambio de la dimensión de la parcela mínima, reduciéndose a un 10 por 100 de la precedente.*

«Sin entrar a juzgar la corrección o la inexactitud de los razonamientos y de las afirmaciones anteriores de la COPLACO, puesto que casi todos los temas que ese informe suscita son ajenos a la legalización de las obras de implantación de riego en la finca, que es la única cuestión que ahora debe juzgarse (lo que por sí solo descalifica todas las premoniciones y elucubraciones que hacen tanto la sentencia apelada como los actos administrativos impugnados), lo que sí resulta aquí decisivo es tener en cuenta la calificación urbanística de la finca en el Plan General de Ordenación de Colmenar Viejo. En su artículo 88 la incluye en la Zona 14.ª (cultivo de secano) de las Normas del Plan General de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Madrid; y esta Zona 14.ª comprende "los terrenos de labor dedicados al cultivo de productos agrícolas en régimen de secano"; y, obviamente, vulnerarían esta calificación y zonificación, la autorización y la realización de obras y de instalaciones que implicasen la total transformación del régimen agronómico de secano de la finca y lo cambiasen por el de regadío, por las trascendentes repercusiones que este cambio de régimen agronómico sería susceptible de producir en el urbanístico (cambio de la dimensión de la parcela mínima que de 25.000 m<sup>2</sup> pasaría a ser de 2.500 m<sup>2</sup>, con la subsiguiente alteración sustancial del estatuto jurídico-urbanístico de la finca rústica según el artículo 85,1.4.º de la Ley del Suelo); lo cual, evidentemente, no puede producirse sin un previo Plan —o sin una modificación del existente en 1980— que saque la finca de la Zona 14.ª en la que está incluida y la coloque en la 13.ª (Zonas de Regadío), artículo 87, que permita, sin limitación, hacer dicha transformación. Estas consideraciones conducen a desestimar, también en este punto, la apelación y a la confirmación del fallo de la sentencia recurrida de la que no se acepta sin embargo tampoco en esta parte su fundamentación.

Porque, y como ya dejamos anotado, todas las demás cuestiones que se hacen aflorar en los expedientes y en los autos (parcelación urbanística, ilegalidad de la misma, peligro de formación de núcleo de población, infracción del Plan Especial del Medio Físico de la Provincia, etc.), escapan notoriamente del ámbito de este procedimiento en el cual ni estamos juzgando una parcelación urbanística, ni su eventual ilegalidad, ni el peligro de formación de núcleo de población, ni la construcción de viviendas que se dice prohíbe el aludido Plan Especial del Medio Físico; pues aquí solamente juzgamos si pueden o no legalizarse las obras de implantación de riego en esta finca rústica; ya que las otras cuestiones son todas distintas y mucho más complejas a como son tratadas en los expedientes y en la sentencia recurrida, y exigen para su constatación procedimientos y normas también diferentes, como explica detalladamente nuestra Sentencia de 19 de octubre de 1987, a cuya doctrina procede remitir.» (Sentencia de 7 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.º, Ar. 1738.)

C) *Licencias.*

*No puede condicionarse su concesión al cumplimiento de unas condiciones técnicas en materia de canalización de aguas que no son de directa aplicación, sino que dichas condiciones deben incluirse en el planeamiento en vigor.*

«La sentencia apelada declara legítimos estos condicionados de la licencia a pesar de reconocer que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio, de donde surgen, únicamente estaba aprobado inicialmente; pero dice que las norma 5.2 del Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril, Norma Básica de Edificación NBE-CPI-81 sobre condiciones de protección contra incendios de los edificios, al referirse a las condiciones de instalación en núcleos urbanos, recoge dichos condicionados, constituyendo tal norma el "bloque de la legalidad" que legitima la imposición de esas exigencias o condiciones en la licencia.

*Siendo claro que las normas de la revisión del Plan General de Ordenación no tienen vigencia hasta la publicación de su aprobación definitiva —art. 56 de la Ley del Suelo—, es evidente que los mencionados condicionados que el Ayuntamiento apelado impuso a la licencia de autos exigiendo la instalación de una tubería de 100 milímetros de diámetro y una boca de incendio en el lugar que determinase la Oficina Técnica Municipal, no podían ampararse en las normas no vigentes de dicho Plan General, contrariamente a lo que pretende el Ayuntamiento en el Acuerdo de su Comisión Permanente de 25 de octubre de 1984 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por la concesionaria contra el de 2 de agosto de 1984; por lo que desaparecido el soporte del Plan General para imponer tales condiciones, queda por ver si los acuerdos recurridos podían establecerlos al amparo de la aludida norma 5.2 del Real Decreto 2059/81, de 10 de abril, que cita la sentencia apelada.*

La indicada norma 5.2 del expresado Real Decreto no obliga directamente a hacer instalaciones en los núcleos urbanos en la forma que la sentencia interpreta, sino que esa norma constituye una exigencia a incluir en el planeamiento para la ordenación de terrenos cuando se trate del trazado de redes de abastecimiento de agua. No es, por tanto, una norma de aplicación directa sin planeamiento, sino que se refiere de manera expresa a la ordenación y urbanización de terrenos a través de figuras de planeamiento que prevean y establezcan la ordenación y urbanización de terrenos que incluyan trazado de redes de abastecimiento de agua.

*No existiendo en este caso aprobada la figura de planeamiento correspondiente para la ordenación y urbanización de la calle María Auxiliadora/Lope de Vega que incluyese el trazado de redes de abastecimiento de agua, es claro que no podía aplicarse la repetida norma 5.2 en forma directa, ni tampoco el Plan General por su falta de aprobación y vigencia, por lo que aquellas condiciones impuestas en la licencia sin amparo legitimador, deben considerarse improcedentes y anularse; pues este Tribunal tiene declarado reiteradamente —Sentencias de 7 de febrero y 27 de octubre de 1988— que, dado el carácter rigurosamente reglado de las licencias, no pueden establecerse condiciones a su otorgamiento si las mismas no derivan de la ordenación; y aquí no derivando de la ordenación aquellas condiciones, las mismas deben invalidarse y revocarse la sentencia apelada.*

No resulta baladí la exigencia de que figure en el planeamiento urbanístico, en cualquiera de sus figuras (Plan General, Plan Especial de Reforma Interior, etcétera) la disposición que se contiene en la repetida norma del artículo 5.2 del Decreto, pues es el planeamiento urbanístico el que debe prever la instalación y la ejecución de estos nuevos servicios, y es el propio planeamiento el que debe determinar su financiación y especificar quién debe correr con los costos de estas instalaciones de acuerdo con la legislación aplicable; ya que

*pretender la aplicación directa del expresado artículo 5.2 a todos los terrenos e instalaciones sin Plan previo, y sin la previsión de la forma de su ejecución y financiación, sería tanto como utilizar las licencias urbanísticas para obtener por vía indirecta y con clara desviación de poder, las sustituciones de las redes generales de los servicios públicos a cargo de los usuarios al margen de la legislación aplicable, o a cargo, sin más, de los concesionarios de estos servicios acaso quebrantando las condiciones de la concesión sin fijar la indemnización pertinente, como señala el vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para el supuesto de que se alteren las condiciones de los servicios o de las instalaciones concedidas (art. 127,1.1.º y 2.º y concordantes); por lo que no es dudosa la improcedencia material (y no solamente formal) de las condiciones impuesta en la licencia en cuestión, como para caso análogo también hemos declarado en Sentencia de 7 de este mismo mes de febrero en curso.» (Sentencia de 21 de febrero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 1285.)*

## XVII. LIBERTADES

### A) Asociación. Principios aplicables a las Asociaciones de configuración legal. Supuesto de Asociación de Clubes españoles de Baloncesto de primera división.

«El Tribunal Constitucional, al analizar los artículos 11 y 12 de la Ley 13/1980, afirma que, de acuerdo con el texto de los mismos, los particulares pueden constituir asociaciones deportivas con personalidad jurídica no sometidas al régimen de esta Ley. No es éste el caso, pues la asociación actora se ha dirigido al Consejo Superior de Deportes solicitando su inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas. Quiere ello decir que en virtud de un acto voluntario se ha sometido a una normativa específica —contenida en la Ley 13/1980 y disposiciones que la desarrollan—, con las ventajas que esto supone (cfr. los arts. 19 y 20 de la citada Ley), en la que se exigen determinados requisitos para su reconocimiento legal, aunque sean de verificación reglada por la parte de la Administración. Huelgan, por tanto, cuantas consideraciones se hacen en la demanda en torno al genérico derecho de asociación y a la imposibilidad en base al mismo de que no puede impedirse la inscripción registral fuera de los supuestos previstos en los apartados 2 y 5 del artículo 22 de la Constitución, pues las asociaciones deportivas reguladas en la Ley 13/1980 son asociaciones de configuración legal y como tales sometidas, antes de que pueda procederse a su inscripción, a la aprobación de sus Estatutos por el Consejo Superior de Deportes, sin que por ello padezca el contenido esencial del derecho fundamental de asociación, que sólo demanda en esta materia el respeto a la libertad de crear otras asociaciones deportivas con fines privados, es decir, al margen, de la Ley 13/1980, y un control reglado de sus Estatutos, si pretenden acogerse a la normativa contenida en esta Ley y en las disposiciones dictadas a su amparo.

Precisamente por lo que se acaba de decir difícilmente puede encontrarse en entredicho la libertad de asociación consagrada en el artículo 22 de la Constitución como consecuencia de los actos recurridos. La Resolución 1 de febrero de 1988, que es el acto verdaderamente relevante a los efectos de este recurso, como puso de manifiesto el Tribunal *a quo*, se limita a efectuar un control jurídico de los Estatutos de la asociación recurrente contrastándolos con la Ley General de Cultura Física y Deporte, con el Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, sobre estructuras federativas, y con los Estatutos de la Federación Española de Baloncesto. Que este control se ajuste o no la normativa reguladora de las asociaciones deportivas, que deba o no entenderse transcurrido el plazo previsto en el artículo 6.º4 del Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, a los efectos de la inscripción de la asociación recurrente en el Registro

de Asociaciones y Federaciones Deportivas, cuales son los efectos de un hipotético silencio positivo si ha tenido lugar *contra legem* o, en fin, si producido aquél el posterior acto expreso contrario supone o no la revisión de oficio de un acto declarativo de derechos al margen de los procedimientos legalmente establecidos, son cuestiones que entendemos exceden del marco de este proceso preferente y sumario en el que sólo puede examinarse si los actos recurridos afectan o no al ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, que cuando se trata de la inscripción de un club o asociación deportiva en el Registro creado por la Ley 13/1980 sólo puede considerarse vulnerado si la Administración deniega aquélla por motivos de mera oportunidad, que no es el caso. Otra solución comportaría la fiscalización en esta vía jurisdiccional de cuestiones de mera legalidad que no afectan al contenido constitucionalmente reconocido del derecho de asociación; y ello porque el artículo 22 de la Constitución no comprende el derecho de constituir asociaciones que, sin dejar de ser privadas, cumplen fines de carácter público, como son los clubs deportivos que voluntariamente se someten al régimen establecido en la Ley 13/1980 y disposiciones concordantes, a los que se encomienda el fomento y la práctica, sin ánimo de lucro, de la actividad física y deportiva, gozando en contrapartida de una especial protección y apoyo de los poderes públicos (art. 19 de dicha Ley) y pudiendo incluso ser reconocidos de "utilidad pública" con los beneficios que tal declaración comporta (art. 20 de la misma Ley).» (Sentencia de 27 de febrero de 1989, Sala 5.; Ar. 1154.)

**B) Libertad de Cátedra. Contenido del derecho reconocido en la Constitución, a partir de una interpretación sistemática de todo el texto constitucional. Posible limitación por la Administración, en garantía de otros derechos.**

«Los argumentos que expone el apelante en apoyo de sus pretensiones son una reiteración de las alegaciones de la demanda, que han sido rechazadas por la sentencia con fundamentos que se aceptan en su integridad y que se dan por reproducidos. Debiendo resaltarse, tal como hizo el Juzgado de 1.ª Instancia, que la naturaleza especial del proceso de la Ley 62/1978, elegido por el actor como cauce de defensa de sus derechos, impone que el enjuiciamiento se limite a controlar si los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos por los artículos 14 al 30 de la Suprema Norma, han sido o no vulnerados por un acto de la Administración, y singularmente si el acuerdo de la Junta de Gobierno de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales, de la Universidad Complutense de Madrid, de 13 de diciembre de 1983, se oponía a la regulación constitucional de la libertad de cátedra, cuyos perfiles fueron correctamente marcados en la sentencia impugnada, partiendo de una interpretación del artículo 20.1.c) de la Constitución dentro de los límites impuestos por el propio precepto y la propia naturaleza del derecho invocado, definiéndola como el derecho o libertad de exposición de las doctrinas científicas y su enseñanza, sin control o censura previa y sin que por el Poder Público se pueda poner a la enseñanza una orientación ideológica determinada. Derecho que no es tan absoluto como el actor pretende, sino que por lógico imperativo de la propia Constitución, tiene los límites que le impone el respeto de los derechos fundamentales del Título I de esa Suprema Norma, entre los que obviamente está el derecho de los alumnos a recibir una adecuada educación, del artículo 27, Constitución española y el consiguiente de la Administración para tomar las medidas precisas para que tenga efecto, siendo claro que el contenido del acuerdo impugnado, que sustancialmente se dirige a preservar la libertad de los alumnos de recibir la enseñanza que impartía el recurrente sin discriminación derivada del método elegido para desarrollarla, y evitar las posibilidades de explotación mercantil que pudieran presumirse

de la imposición de un solo libro de texto precisamente de la titularidad del actor, que coarta la amplitud de enfoques y formación de un criterio propio por los alumnos de nivel universitario, y es contraria al régimen económico de las Universidades Públicas, y a coordinar la materia de los diferentes cursos en que enseñaba el recurrente, no vulneraba la regulación constitucional de la libertad de cátedra, pues no suponía el establecimiento de una censura previa a la actuación del profesor, ni la imposición de un sentido ideológico a la enseñanza que impartía, ni implicaba que se le señalase cuál debiera ser el contenido de las asignaturas o el método de enseñanza a seguir, que son aspectos que pueden entenderse comprendidos en la libertad supuestamente conculcada, pero que no se ven afectados por las medidas académicas impugnadas, que claramente aparecen dirigidas a proteger el derecho a la educación de los alumnos, y el buen orden de funcionamiento del Centro, y que, por tanto, podían ser legítimamente adoptadas por el órgano de procedencia.» (*Sentencia de 10 de febrero de 1989, Sala 5.ª, Ar. 1001.*)

### C) Derecho a participar en los asuntos públicos.

1. *Se niega que el derecho del artículo 23.1 CE ampare las facultades de los concejales minoritarios en relación a la confección del orden del día de las sesiones de la Corporación, pues se trata de cuestiones de legalidad ordinaria.*

«El artículo 23.1 de la Constitución española consagra el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, ya directamente (casos particulares más destacados son el de iniciativa popular del art. 87.3, los derechos aludidos en el art. 105 y el del derecho de petición del art. 29.1), ya indirectamente "por medio de representantes", pero es evidente que este precepto constitucional no alude a los derechos políticos, individuales o de grupo y de intervención que tengan los concejales en la Administración Municipal, al menos expresamente, como revela la argumentación del fundamento segundo de la sentencia apelada en el cual se llega a la conclusión de la infracción del artículo 23.1 de la Constitución española, a través de inferencias analógicas extraídas, no del texto de dicha norma, sino del análisis de ciertos artículos del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Ni el precepto constitucional que comentamos ni el artículo 140 de la Constitución española señalan las facultades de los concejales minoritarios en lo que atañe a la redacción del orden del día de las sesiones ordinarias del pleno de los Ayuntamientos. El ejercicio de tales facultades expresamente señaladas en/o inferidas de Leyes o Reglamentos no es materia constitucional, es decir, no son derechos fundamentales del ciudadano-concejal o del ciudadano-diputado o senador, sino derechos legales o reglamentarios ejercitables únicamente ante la mesa o presidencia de las asambleas de representantes. Si las Leyes o Reglamentos establecen vías demasiado estrechas, de tal modo que en la práctica hagan imposible o muy dificultosa cualquier participación real y significativa en los asuntos públicos, podría cuestionarse la constitucionalidad de las normas legales o reglamentarias que impidieran y mermaran exageradamente tal participación. Sin embargo, la participación no equivale al dominio individual o de grupo minoritario en la fijación del orden del día, ni, dado el planteamiento del proceso que nos ocupa, se suscita duda alguna sobre el sistema legal y reglamentario que regula la formación de la lista de puntos discutibles en las sesiones ordinarias.» (*Sentencia de 10 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 2.ª, Ar. 2006.*)



2. *El Tribunal delimita aquellos casos en los que la denegación de informaciones y dictámenes a los concejales de la oposición suponen cuestiones de legalidad ordinaria y no comportan una violación del derecho fundamental al desempeño de cargos públicos.*

«En el cauce del procedimiento preferente y sumario de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, se pretende la nulidad de la resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Arafo, en virtud de la cual se denegó a los Concejales de la Oposición pertenecientes al Grupo Municipal Socialista, la petición de que por el Secretario Interventor y por el propio Alcalde, se les diera información sobre gran número de asuntos, detallados en los antecedentes de hecho de esta sentencia, en relación con la materia presupuestaria y financiera de la Hacienda de la Corporación. La pretensión impugnatoria se funda en que ha sido lesionado el derecho fundamental a la participación política del artículo 23.1 de la Constitución. Por su parte, la resolución denegatoria se motiva en que el grupo Municipal Socialista ya tuvo acceso a los expedientes a que se hace referencia a través de las Comisiones Informativas o en la indebida forma de hacer la solicitud de informes al Secretario Interventor.

No existe, pues, una negativa frontal a dar a los Concejales de la Oposición la información que solicitan, sino que ésta se condiciona a que la petición se haga en el momento adecuado, y por los cauces legalmente previstos. La determinación de cuál es ese momento, y cuáles los trámites a que debe sujetarse son temas de legalidad intrínseca, a decidir por la vía del contencioso-ordinario, pero no por la de este proceso preferente y sumario, máxime en una cuestión tan espinosa como la presente, en la que previamente habría de dilucidar si nos encontramos en presencia de la simple exhibición de documentos, del artículo 14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 28 de noviembre de 1986, o en la emisión más compleja de dictámenes, informes del artículo 4.1.h) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre Régimen Jurídico de los Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional, uno y otro supuestos sometidos a trámites distintos y momentos diferentes, hasta tal punto nebulosa la materia por la concurrencia de normas procedentes de distintas Administraciones Territoriales (Estatal, Autonómica y, en su caso, Local) que ha motivado una serie de dudas de aplicación, dando lugar a una Resolución interpretativa de la Dirección General de Administración Local de 27 de enero de 1987, en cuyo número 8, apartado b), sin resolver el problema, deja en manos del Alcalde la potestad de dar las órdenes de funcionamiento interno cuando se trate de emitir determinadas informaciones.

Procede decretar la inadmisibilidad, y en consecuencia, al no darse el supuesto del artículo 10 de la Ley 62/1978, no cabe condena en costas.»

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la sentencia apelada.

«En contra de lo que se afirma en el escrito de alegaciones del apelante, las solicitudes de los concejales del grupo municipal de oposición que originaron este proceso no aparecían dirigidas simplemente a que el Secretario Interventor, directamente o por intermedio de la Alcaldía, proporcionara unos datos que pudiera extraer de los archivos municipales sin añadirles operaciones de valoración técnico-jurídica, propias de los informes o dictámenes regulados en el artículo 4.1.h) del Decreto 1174/87, sobre Régimen Jurídico de los funcionarios de habilitación de carácter nacional, sino de peticiones de tales informes y dictámenes, según se infiere de los términos de dichos escritos en los que se alude expresamente a "suficiencia jurídica del receptor de los fon-

dos y estado de liquidación de cuentas", con referencia a los créditos para las fiestas de 1986; "adecuación de la autorización de los gastos y materialización del pago a la normativa vigente en materia de fiscalización del gasto en las entidades locales", para las autorizaciones de gasto de las fiestas de 1987; "aclaración de si en la aplicación presupuestaria de los ingresos se ha considerado la liquidación del ejercicio anterior como un recurso ordinario o con cargo a resultas", o "acerca de la existencia de la Comisión Especial de Cuentas y de la obligación legal de su creación", respecto de la solicitud por intermedio de la Alcaldía de datos presupuestarios de los ejercicios 1986 y 1987; y "consecuencias jurídicas" del informe negativo del Secretario Interventor relativo a la legalidad del gasto por suministro de agua desde octubre a diciembre de 1986 y enero a junio de 1987. Idea que venía a corroborarse por la expresa cita del citado artículo 4.1.h) del Decreto 1174/87, como fundamento de la petición en cada uno de los escritos. De modo que se planteaba directamente al Ayuntamiento el problema de la legalidad de la petición, visto el cauce formal y jurídico elegido frente a lo dispuesto en el artículo 54 del Decreto-Legislativo 781/1986, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en cuanto al momento y supuestos de los informes de Secretarios e Interventores en la adopción de acuerdos municipales, en relación al artículo 77 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, que fue resuelto por el Alcalde en el acuerdo inicialmente impugnado, dando prevalencia al precepto del Decreto-Legislativo, denegando la solicitud. Lo que permite inferir que la fiscalización jurisdiccional que se planteó ante la Audiencia de Tenerife se refería a una cuestión de legalidad ordinaria, que sólo de un modo remoto e indirecto podía suponer vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23.1 de la Constitución. Cuestión que, como bien dice la sentencia impugnada, debió ser suscitada por el cauce del proceso ordinario, y no por el de la Ley 62/1978. Sin que pueda equipararse el supuesto ahora enjuiciado con el que fue objeto de la Sentencia de la misma Audiencia de Tenerife, de 28 de abril de 1988, que se refería a una denegación de una solicitud de acceso directo del grupo de oposición municipal a la información necesaria para el desarrollo de su función, regulado en los artículos 14 y siguientes del Reglamento a Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, y que se consideró vulneración del nombrado derecho fundamental, ante la insuficiencia de la fundamentación del acuerdo denegatorio, pero que no suscitaba un problema de preferencia entre normas ordinarias.» (*Sentencia de 7 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 2.ª, Ar. 1948.*)

## XVIII. SANCIONES

*Prueba. Presunción de certeza de los hechos consignados en la denuncia, expresamente ratificados por el agente denunciante. Sanciones en materia de Circulación.*

«La presunción de certeza de los hechos consignados en las denuncias, expresamente ratificadas por los mandos de las patrullas denunciante, se reconoce en el artículo 283, apartado 2.º, del Código de la Circulación, que es aplicación tanto si son formuladas por agentes encargados específicamente de la regulación de tráfico como por otros agentes de la autoridad que por circunstancias especiales hayan de asumir tal cometido, como ocurrió en la noche en que sucedieron los hechos denunciados, en que por la hora en que tuvieron lugar y magnitud de los mismos las patrullas denunciante hubieran de asumir tareas de ordenación del tráfico, sin que la presunción de certeza de tales hechos pueda entenderse desvirtuada por las manifestaciones de otras personas aportadas a los expedientes administrativos, sin contradicción y con ausencia de las demás garantías que para la prueba testifical se establecen

en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo tampoco de aplicación, por contemplarse supuestos de hecho distintos, la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1988 (R. T. Const. 219).

Sentada como premisa la certeza de los hechos consignados en la denuncia, teniendo en cuenta el lugar y hora en que los mismos se produjeron, la persistencia en dicha conducta desoyendo las indicaciones de los agentes de la autoridad que hubieron de asumir funciones para la regulación del tráfico, el desprecio absoluto para los derechos igualmente respetables de los demás ciudadanos y la imprevisión de las consecuencias ante posibles urgencias individuales o colectivas determina la procedencia de rechazar las alegaciones formuladas al respecto.» (*Sentencia de 4 de febrero de 1989, Sala 5.ª, Ar. 789.*)

## XIX. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### A) Actos impugnables.

*La incoación de un expediente de declaración de una población como conjunto histórico-artístico es un acto-trámite cualificado, recurrible en vía jurisdiccional, habida cuenta de las consecuencias jurídicas que se derivan de tal incoación.*

«Soslayada, con acertado criterio, aunque con pocos argumentos, por la sentencia recurrida, la cuestión relativa a la inadmisibilidad del recurso invocada en la contestación de la demanda, por cuanto que el acto administrativo impugnado no participa de la naturaleza jurídica de acto-trámite puro, aunque sea iniciador de un procedimiento, al llevar el mismo aparejada, además de esa actividad, unas consecuencias en otras situaciones jurídicas ajenas al procedimiento mismo, cuales son las derivadas de los artículos 17 y 33 de la Ley de 13 de mayo de 1933, en relación con su Reglamento de 16 de abril de 1936; pues bien, partiendo del principio de tutela efectiva de los derechos de las personas por los Juzgados y Tribunales, proclamado en el artículo 24-1 de la Constitución española de 1978, el cual se observa por dichos Organos Jurisdiccionales cuando éstos velan porque los actos administrativos sean producidos con todas las garantías procedimentales, máxime cuando de su mera existencia —cual ocurre en el supuesto de referencia—, se hayan de derivar otras consecuencias que rebasan los del propio procedimiento administrativo; así, desde el momento que se inicia un procedimiento encaminado a la declaración de una zona como "Conjunto Histórico-Artístico", se generan unas obligaciones de los propietarios de los inmuebles existentes en aquélla, y unos deberes de los Ayuntamientos, relacionados con el derecho de aquéllos a obtener licencias municipales de obras de demolición o construcción de edificios, siempre al tenor de las facultades que, a las Comisiones Provinciales del Patrimonio Histórico-Artístico correspondiente o a la Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas, la citada normativa otorga; de aquí que, en el caso presente, es jurídicamente admisible el recurso contencioso-administrativo en el que se pretenda la revisión jurisdiccional del acto iniciador del expediente encaminado a obtener la declaración de Conjunto Histórico-Artístico de la Villa de Utrera, por las consecuencias que tal acto entraña, conforme a lo anteriormente dicho; es decir, la revisión jurisdiccional ha de limitarse a analizar si en la producción del referido acto se han observado las formalidades legales, como garantía del mismo en atención a referidas consecuencias, y en aplicación del artículo 40 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que ello prejuzgue la declaración administrativa que en su día puede producirse en el expediente incoado.» (*Sentencia de 21 de febrero de 1989, Sala 3.ª, Ar. 1379.*)

## B) Costas.

*La temeridad o mala fe a que se refiere el artículo 131 de la LJCA no se debe entender limitada a la actuación en el proceso, pudiendo tener trascendencia para la condena en costas la temeridad pre-procesal. Así, se condena en costas a la Administración, pese al allanamiento en la primera instancia, por la temeridad previa que obligó al recurrente a plantear el recurso jurisdiccional.*

«Plantea esta apelación como cuestión única la de la imposición de las costas de la primera instancia y más concretamente la de si la temeridad o mala fe a que se refiere el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional, van referidas exclusivamente a la actuación de las partes dentro del proceso o si, por el contrario, su manifestación en fases pre-procesales puede tener también trascendencia en cuanto a la condena en costas.

La institución procesal es una unidad fundamental, con distintas manifestaciones, como evidencia en lo que ahora importa la disposición adicional sexta de la Ley Jurisdiccional. Ello implica la viabilidad de la aplicación al proceso que se desarrolla ante esta Jurisdicción de los criterios que más ampliamente se han manifestado en el proceso civil; es éste el que ha logrado globalmente un mayor desarrollo doctrinal y legal, no obstante los evidentes perfeccionamientos que la Ley Jurisdiccional introdujo en la concepción del proceso y que después han tendido a generalizarse.

Ciertamente la expresa dicción del artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional está aludiendo a actuaciones dentro del proceso, pero la interpretación literal es siempre un mero punto de partida, y así, con un criterio sistemático —"unidad" del ordenamiento jurídico que crea "un" modelo de convivencia y más concretamente "una" institución procesal— no puede desconocerse que la Ley de Enjuiciamiento Civil en el párrafo tercero del artículo 523 está contemplado un supuesto de imposición de costas —allanamiento antes de la contestación a la demanda con mala fe— en el que claramente puede apreciarse la posibilidad de una condena en costas basada en la calificación subjetiva de una actuación seguida con anterioridad al proceso: ésta es la solución procedente para aquellos supuestos en los que con evidente temeridad o mala fe se haya provocado la necesidad de acudir al proceso.

*En el supuesto litigioso se ha producido, sí, una satisfacción extraprocesal de la pretensión —art. 90 de la Ley Jurisdiccional—, pero ello no hace inoperante una reflexión sobre las causas que colocaron al hoy apelante en la insoslayable precisión de venir al proceso.*

La Administración cometió un terminante error al dictar la providencia de apremio litigiosa contra quien no era la persona sancionada. Este error, sin desconocer su trascendencia —piénsese en la inquietud que ha de producir un requerimiento de pago del principal con recargo del 20 por 100 en un plazo de veinticuatro horas, con embargo de los bienes propios en caso de impago—, por sí solo puede no ser temerario, pero interpuesto recurso de reposición, la indebida desestimación de éste determinó que el ahora apelante tuviera que interponer el recurso contencioso-administrativo.

*La Administración, ciertamente, iniciado ya el proceso anuló el acto impugnado reconociendo expresamente su error —folio 29 de los autos—. Pero es claro que con su actuación anterior —el evidente error pudo y debió ser rectificado al resolver la reposición— dio lugar temerariamente a una innecesaria incoación del proceso.*

Procedente será por consecuencia estimar el recurso de apelación imponiendo al Ayuntamiento demandado las costas de la primera instancia, sin que se aprecie base para un análogo pronunciamiento respecto de las causadas en esta apelación.» (Auto de 3 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 382.)

## XX. RESPONSABILIDAD

A) *Lesión resarcible.*

*Supuesto de indemnización por la lesión sufrida a consecuencia del mantenimiento de la eficacia de una resolución anulada por la propia Administración al resolver el recurso de alzada.*

«La sentencia apelada funda su decisión, en el particular extremo impugnado, en el hecho de que el Ayuntamiento de Barcelona privó de unos puestos de venta a los actores ejecutando unas resoluciones que posteriormente fueron declaradas nulas por la propia Corporación, sin que tal declaración llevara consigo la consecuencia de reponer a los interesados en sus puestos de venta, y aplica como fundamentos jurídicos de la estimación los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 106.2 de la Constitución. El Ayuntamiento apelante basa su impugnación de la sentencia en la negación de todo perjuicio inferido a los recurrentes en primera instancia por considerar, en esencia, que su posición jurídica al ejecutarse el acto carecía de contenido patrimonial y, por consiguiente, no se originó la lesión que es presupuesto fáctico de la responsabilidad de la Administración, ya que entiende que aquéllos gozaron de la posibilidad de ejercer su actividad mercantil, a precario, durante los primeros meses de 1985. Ciertamente la existencia de lesión constituye la razón legitimadora del derecho al percibo de indemnización y, por tanto, su ausencia determinaría la imposibilidad de efectuar tal declaración, pero esta situación no acontece en el presente caso, ya que como resalta la representación de los apelados, el Ayuntamiento apelante, además de partir del error de que las Resoluciones del Concejal Regidor del Área de Servicios y Empresas Municipales son de 5 de abril de 1985 y no de 5 de abril de 1984, no tiene en cuenta que ha venido reconociendo a través de sus propios actos que sólo mediante una resolución administrativa adoptada en expediente tramitado con audiencia del interesado podía dar por extinguida o dejar de renovar la licencia de explotación de los puestos de venta, como lo demuestran las Resoluciones iniciales de 5 de abril de 1984, posteriormente declaradas nulas, al estimar los recursos de alzada contra ellas interpuestos, entre otros motivos por haberse omitido en el expediente el trámite de audiencia de los interesados preceptuado en el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que hasta que no se dictó por el órgano competente, una vez subsanado dicho defecto, la Resolución de 27 de diciembre de 1985, no se produjo la extinción de la referida autorización; extinción a la que no podría dárseles efecto retroactivo por impedirlo el artículo 45.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La conclusión, pues, de todo ello no puede ser otra que la de reconocer que dicha actuación, al mantener la ejecución de un acto dejado sin efecto por el propio Ayuntamiento, supuso a los recurrentes en primera instancia la privación de la actividad mercantil que ejercían en virtud de un título que no les había sido válidamente revocado, desde el día 5 de abril de 1984, en que fueron apartados de dicha actividad, hasta el 27 de diciembre de 1985, fecha en que se declaró válida y definitivamente extinguidas las autorizaciones correspondientes.» (Sentencia de 28 de febrero de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1705.)

B) *Nexo causal.*

*Conducta de la víctima. Los disparos efectuados por las Fuerzas del Orden, causantes de la muerte, fueron una respuesta proporcionada a la actitud amenazante de la víctima, por lo que se rompe el nexo causal que justificaría el deber de indemnizar a cargo de la Administración.*

«Configurada la responsabilidad mencionada, tanto en el artículo 106 de la Constitución como en el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como una obligación de indemnizar las lesiones que sufran los administrados en sus bienes y derechos por el mero hecho objetivo de que aquéllos se hayan producido a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, la jurisprudencia ha venido ponderando como lógico motivo de exclusión de la misma el consistente en que la conducta del afectado haya roto el nexo causal, de modo que la interferencia de la misma impida predicar que realmente el efecto lesivo tenga su origen en la propia actuación administrativa.

La aplicación de este esquema legal y jurisprudencial hace pasar a primer plano el tema relativo a cómo acontecieron los hechos en los que se produjo la muerte del señor A. Q., y la valoración que proceda hacer de las mismas, en orden a determinar la responsabilidad que pueda caber a la Administración por los actos que sean imputables a los miembros de sus fuerzas de orden público intervinientes en aquéllos.

No ofreciendo duda alguna, a la vista de todo lo actuado, que el día 29 de julio de 1983 el sargento de la Guardia Civil don José R. P. y el cabo 1.º don Manuel L. H. procedían a la búsqueda de los autores de un atraco que aquella misma mañana se había cometido en una sucursal bancaria de Bordils (Gerona) por dos individuos armados, respectivamente, con una escopeta de cañones recortados y con una navaja y que a la altura aproximadamente del Km. 7,400 de la carretera que desde dicha localidad pasa por el Santuario de Los Angeles sorprendieron a dos jóvenes, uno de ellos portando una escopeta de cañones recortados, que les eran conocidos por haber sido detenidos en algunas ocasiones con anterioridad, el problema que se plantea ha de resolverse teniendo en cuenta las conductas que a partir de dicho momento tuvieron tanto el cabo 1.º autor de los disparos que produjeron la muerte del joven Alejandro A. como la propia víctima.

Ha de señalarse al respecto que la línea argumental destacada por la representación procesal del demandante se centra en afirmar la desproporción de la actitud del cabo 1.º cuando se decide a hacer fuego, puesto que mantiene la tesis de que el fallecido no había disparado con anterioridad y de que, por otra parte, fue muerto cuando se hallaba de espaldas, como quedaría acreditado por la trayectoria de la bala alojada en su cuerpo, que según el informe del Forense había entrado por la parte postero-superior del hombro derecho, alojándose en las últimas costillas del hemitórax izquierdo.

Frente a ello apreciamos, en primer lugar, que tampoco ofrece duda razonable que desde el primer momento la víctima había adoptado una actitud agresiva frente a los miembros de la Guardia Civil, lo que viene expresado no solamente por las declaraciones de éstos en dicho sentido, sino también por la del propio José Antonio R. B., que era el otro partícipe en el atraco, que ha declarado que Alejandro A. se dirigió con la escopeta en la mano hacia el coche en el que estaban los Guardias Civiles y que comenzaron a oírse voces, tanto de Alejandro como por parte de los ocupantes del coche.

En esta escalada de agresividad que, iniciada en el atraco a mano armada, se continúa con las amenazas a los Guardias Civiles, conminándolos a salir del coche que ocupaban, resulta de una perfecta coherencia que al enfrentársele el cabo 1.º, aquél se decidiera a disparar la escopeta.

No obstante, es precisamente la realidad de este disparo la que pone en duda la parte actora, tanto por razón de la mencionada trayectoria como porque no se hubiera encontrado impacto alguno ni que hubiese sido alcanzado el cabo I.º, a pesar de la poca distancia a la que se encontraban uno y otro.

En esta cuestión, como se destaca con acierto por el Consejo de Estado, resulta convincente el informe recogido en el folio 5.º del expediente, respecto a la forma y características del lugar en que se produjo el enfrentamiento, así como la diferencia de estatura y posición de ambos intervinientes en el suceso, que unido a que la trayectoria de la bala alojada en el cuerpo de A. Q. tenía un sentido más vertical que el horizontal lógico de un disparo hecho por la espalda, permiten concluir en lo razonable del relato de los hechos fijado por la Administración, en el que no puede apreciarse conducta desproporcionada o anormal alguna por parte del agente del orden público, ya que en ella no puede apreciarse nada que no fuese respuesta adecuada a la desplegada por el joven fallecido, lo que obliga a desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en el proceso.» (*Sentencia de 23 de enero de 1989, Sala 5.º, Ar. 350.*)

### C) *Imputación.*

*En el supuesto de asesinato de un recluso por otro, se declara la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento de su deber de velar por la integridad física de los internos y por el anormal funcionamiento del servicio de vigilancia y custodia del Centro penitenciario.*

«La copiosa jurisprudencia sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales sintéticamente expuestos los siguientes: a) *la legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa; b) servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; c) de ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal; d) los requisitos exigibles son los siguientes primero, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valuable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto administrativo legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); tercero, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley —Sentencias de 15 y 18 de diciembre de 1986, 19 de enero de 1987 y 15 de julio de 1988—.*

La primera alegación del Letrado del Estado mantiene la inexistencia del segundo de los requisitos, ya que la intervención en la relación causal de un elemento extraño como fue la actividad criminosa de otro recluso internado en el centro penitenciario quiebra o destruye sus caracteres de directa, inmediata y exclusiva. Esta tesis en modo alguno es admisible. Como ha quedado sentado en la Sentencia de 15 de julio de 1988 por esta Sala la

*Constitución española impone a la Administración del Estado el deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad* (arts. 10.1 y 15), preceptos que traen causa de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966. En un plano más inmediato y concreto la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y su Reglamento de 8 de mayo de 1981, sientan que las instituciones penitenciarias, si bien tienen como fin sustancial la retención y custodia de detenidos, presos y penados, tienen también el deber de velar por su integridad (arts. 1, 3.4, 8.1 de la Ley y 1, 5.3 y 23 del Reglamento). *Este deber se cumple a través de una serie de medidas de vigilancia y seguridad tendentes entre otras cosas a proteger a los reclusos, de agresiones de toda índole, por parte de otros compañeros e incluso de sí mismos* (caso de autolesiones, suicidios). *De ahí las requisas, cacheos, recuentos, comprobación de envíos del exterior, etc.* Y también de ahí que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo haya considerado a los reclusos no como extraños al funcionamiento del Centro penitenciario, sino integrados en su organización y disciplina. *Indudablemente, en el supuesto que nos ocupa hubo un anormal funcionamiento del servicio penitenciario al no detectar la existencia de ese rústico puñal o instrumento punzante rudimentario en poder del recluso que llevó a cabo el asesinato; como también en no haber detectado los roces o malas relaciones entre agresor y víctima, y en caso de que fuesen conocidas en el Centro, haber adoptado medidas oportunas para evitar la proximidad entre ambas personas o cualquiera otra adecuada y eficaz.* En definitiva, estamos en presencia de un fracaso de ese deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a custodia, atribuible exclusivamente, directamente e inmediatamente a un deficiente funcionamiento del servicio público penitenciario que no ha sabido evitar ni la posesión del arma homicida ni el ataque, más o menos súbito, del autor del hecho. No hay, por tanto, circunstancia alguna que rompa la relación causal.

Así las cosas, tampoco es aceptable la alegación de que no hay norma legal que establezca la extensión de la responsabilidad administrativa a la cobertura del riesgo de impago por insolvencia de una responsabilidad civil derivada del delito. No estamos en el supuesto de una responsabilidad civil subsidiaria del Estado acordada en un proceso penal, sino en presencia de una responsabilidad extracontractual, objetiva y patrimonial de la Administración prevista en una normativa que tiene ya más de treinta años de antigüedad (art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y que ahora tiene, además, rango constitucional; *responsabilidad que puede concurrir con la responsabilidad criminal y con la civil derivada de la misma residenciadas en virtud de sentencia judicial en el autor del hecho criminoso.* (Sentencia de 13 de marzo de 1989, Sala 3.ª, 1.ª, Ar. 1989.)

#### D) Poder Judicial.

1. *Improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica.*

«Dos son las cuestiones que se someten al estudio y decisión de la Sala, íntimamente relacionadas una con otra. La primera consiste en decidir si en el caso que nos ocupa es aplicable la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente su artículo 294; la segunda, estriba en resolver si, caso afirmativo, el supuesto concreto planteado por el recurrente puede ser incardinado en la hipótesis genérica contemplada por tal precepto. En cuanto al primero,



es de ver que ni durante el tiempo en que el señor I. M. estuvo en prisión preventiva, ni incluso cuando se dictó la sentencia absolutoria —3 de noviembre de 1984— existía en el campo normativo la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual apareció publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 2 de julio de 1985, y según su Disposición Final entró en vigor el 3 de julio, sin que ninguna de sus Disposiciones Transitorias permita retrotraer a situaciones anteriores lo regulado en el artículo 294. Ciertamente el artículo 121 de la Constitución establece que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley. Pero este precepto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la propia Constitución, necesitaba ineludiblemente un posterior desarrollo legislativo que, lógicamente, fue el que la Ley Orgánica del Poder Judicial dio al Título VI —Del Poder Judicial— en el cual aquel artículo está incardinado. Una vez más —Sentencias de 5 de febrero de 1986 y 21 de julio de 1987— este Tribunal debe declarar la improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica.» (Sentencia de 27 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 496.)

2. *Distinción de los presupuestos que justifican la responsabilidad del Estado: error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado.*

«El principio de la responsabilidad de los poderes públicos recogidos en el artículo 9.º, 3 de la Constitución se especifica para el Poder Judicial en su artículo 121 que establece el derecho a la indemnización en los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El desarrollo que de tales preceptos constitucionales lleva a cabo la Ley Orgánica del Poder Judicial —arts. 292 a 297— incluye los dos supuestos generales que acaban de mencionarse y otro de carácter específico relativo a la prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado —art. 294— que puede explicarse como una manifestación del error judicial —aunque en algún caso pueda conectarse con el funcionamiento anormal—.

Ocurre que en ocasiones el propio desarrollo del proceso penal, en el que la resultancia de la investigación puede variar, acredita la existencia del error judicial —entendido objetivamente— y en tales casos no resulta ya necesaria la declaración jurisdiccional del error —art. 293.1 de la Ley Orgánica—.

La especificidad del artículo 294 de la Ley Orgánica se manifiesta así claramente: en los supuestos de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia del error judicial, de suerte que ya no será necesaria una declaración jurisdiccional en tal sentido.

Y de este encuadramiento sistemático del artículo 294 deriva ya una importante consecuencia: tal precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad de una duración que abarque todo el tiempo pasado en situación de prisión. Sólo cubre algunos supuestos y para los demás no amparados por el artículo 294 ha de entenderse plenamente viable el cauce general del artículo 239, supuesta la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

El artículo 294 aparece, pues, como "una" de las vías posibles para reclamar indemnización sobre la base de una prisión preventiva, de modo que

cuando este precepto no resulte aplicable, ello no significará la negación de la posibilidad de obtener la indemnización que podrá conseguirse mediante el procedimiento de alcance general del artículo 293.

El artículo 294 de la Ley Orgánica se integra como toda norma jurídica por un supuesto de hecho —prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado— y una consecuencia jurídica —viabilidad de la reclamación directa sin previa declaración del error judicial—.

El supuesto de hecho consta de un elemento material que es la inexistencia del hecho y otro formal que recoge los actos procesales que declaran aquel dato material y que tanto puede ser la sentencia absolutoria como el auto de sobreseimiento libre.

Qué deba entenderse por inexistencia del hecho imputado es cuestión que ha suscitado serias dificultades y también críticas por la estrechez de la dicción legal que fuera de su ámbito numerosos supuestos de prisión preventiva no seguida de sentencia condenatoria. Incluso en el propio seno del poder legislativo se ha producido ya alguna proposición de ley tendente a la ampliación del supuesto de hecho del artículo 294.

Dejando a un lado temas de *lege ferenda*, en el campo de la aplicación del derecho es claro que la interpretación del artículo 294 ha de llevarse a cabo utilizando los criterios del artículo 3.º,1 del Título Preliminar del Código Civil:

A) En el terreno literal, *inexistencia del hecho imputado significa que en la realidad no se ha producido el acaecimiento que se atribuye a determinada persona*. Es, pues, una inexistencia objetiva.

Pero sabido es que la interpretación literal es siempre un mero punto de partida.

B) El debate parlamentario sobre el precepto que se examina tuvo escaso relieve, pero aun así cabe indicar:

a) La primitiva dicción de la norma según la redacción del proyecto —"sean declarados inocentes"— fue sustituida ya en el Senado por la actual: "sean absueltos", permaneciendo en ambas la referencia a la inexistencia del hecho imputado.

b) Las enmiendas presentadas, de matiz claramente ampliatorio —alguna proponía precisamente la supresión de la mención "por inexistencia del hecho imputado" con lo que el precepto ampliaría su campo a todo supuesto de sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre—, fueron rechazadas, manifestándose así una vez más el sentido restrictivo de la norma.

C) En el terreno sistemático son viables en principio dos itinerarios distintos:

a) El elemento material del supuesto del artículo 294 puede aflorar procesalmente por dos vías distintas —la sentencia o el sobreseimiento libre—, ambas por tanto equivalentes. De ellas la que mejor aparece tipificada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la del sobreseimiento libre.

Y el estudio del artículo 637 de dicha Ley de Enjuiciamiento parece indicar que la inexistencia del hecho a la que se refiere el artículo 294, con su remisión al sobreseimiento libre, es precisamente la inexistencia objetiva del artículo 637.1.º, con exclusión por tanto de los apartados 2.º y 3.º, que no implican tal inexistencia. No puede evitarse la sensación de que al redactar el artículo 294 se estaba leyendo o recordando el artículo 637.1.º de la Ley de Enjuiciamiento.

b) Pero el artículo 294 cumple una función análoga a la del recurso de revisión: los dos —art. 293.1 de la Ley Orgánica— hacen innecesaria la previa y específica declaración del error judicial.

Podría entonces pensarse que el ámbito objetivo del artículo 294 debería ser equivalente al del recurso de revisión. Pero esta solución, independiente-

mente del futuro que se le augure de *lege ferenda*, no puede mantenerse a la vista del texto del artículo 294: la revisión determina una posibilidad de indemnización en todo supuesto de sentencia absolutoria —arts. 960, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 293.1 de la Ley Orgánica—, en tanto que el artículo 294 sólo opera en algunos supuestos de absolución o sobreseimiento libre.

La expresa dicción del artículo 294 delimita su propio supuesto de hecho con un criterio mucho más restrictivo que el que aparece en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que recoge la indemnización en todo supuesto de sentencia absolutoria dictada en virtud de recurso de revisión.

D) Pero sin duda *el criterio interpretativo de mayor importancia es el finalista.*

*El artículo 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia —objetivamente apreciada "a posteriori"—, la de la prisión provisional.* Esto es llamativamente manifiesto en los casos de inexistencia del hecho, objetivamente entendida.

Pero tal inexistencia, desde un punto de vista subjetivo, significa una imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente.

Así las cosas, esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistente, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no participación en él —es, por indicar un ejemplo, el caso clásico de la coartada—. Cabe perfectamente concluir que *la antes señalada finalidad del artículo 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación.*

En consecuencia, *la inexistencia subjetiva, aunque está al margen de la literalidad del artículo 294, queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a una interpretación extensiva que reconozca la virtualidad del precepto en todos aquellos casos que, pese a la dicción expresa, están comprendidos en el designio normativo del precepto a interpretar.*

*Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son, pues, dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del artículo 294. No resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del artículo 293.1.*

Y lo que acaba de indicarse excluye la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 294: su dicción es, sin duda, estrecha, incluso con la ampliación que se ha llevado a cabo, pero *la exclusión de su aplicabilidad permite obtener la indemnización, si es procedente, por otra vía, lo que descarta la desigualdad respecto del recurso de revisión.*

*Los supuestos de prisión preventiva que dieron lugar a la reclamación de indemnización del demandante no resultan subsumibles en el campo de aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica, tal como se ha interpretado éste, dado que las absoluciones se fundan en la falta de prueba de la participación del actor en los hechos que motivaron la apertura de las causas en las que sufrió la prisión provisional —folios 9, 12 y 31 del expediente administrativo—.*

En último término, y ya en otro sentido, ninguna prueba se ha practicado para acreditar la existencia de dilaciones indebidas en la tramitación de la causa 12/1980 procedente del Juzgado de Instrucción de Guernica. Y es de añadir que *la reclamación formulada ante la Administración se refería a error judicial y no a la duración excesiva del proceso que, en su caso, integraría un supuesto de funcionamiento anormal que hubiera debido invocarse en la vía administrativa para seguir la tramitación que da entrada al dicta-*

men del Consejo General de Poder Judicial.» (Sentencia de 27 de enero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 500.)

### 3. Cuantificación de la indemnización. Criterios a tener en cuenta. Datos objetivos y daños morales.

«La jurisprudencia ha declarado —Sentencias de 1 de diciembre de 1982, 13 de julio de 1983, 12 de marzo de 1984, 10 de octubre de 1984, etc.— que en general, los daños materiales son, en cierta medida, de fácil cuantificación, pues ésta puede encontrar adecuado fundamento en datos objetivos aptos para ser convertidos en términos dinerarios (importe de los ingresos normales del fallecido, valor del bien dañado, etc.), sin embargo en los daños morales, al producirse en un área espiritual y afectiva, es difícil su reducción a métodos matemáticos o de determinación dineraria. A tal efecto, la Administración en la propuesta de Resolución, acude a la aplicación analógica del Régimen del Seguro de Viajeros, considerando que en cada caso, y según las circunstancias que concurren, habrá de hacerse una valoración que, a pesar de todo, será aproximada. Así, se afirma que en los casos que se haya sufrido prisión y posteriormente se dicte sentencia absolutoria por error judicial podrá servir, en principio y como regla, como módulo regulador de la cantidad a indemnizar, el importe del salario mínimo interprofesional que se estima como mínima necesaria para subvenir a las más elementales necesidades familiares. Si bien teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso de autos, se eleva la cifra a 3.000 ptas. diarias, como más ponderada y congruente con los antecedentes jurisprudenciales, si bien referida al tiempo que duró la privación de libertad. Mientras que, por el contrario, debe sostenerse que el alcance o efectos negativos que deben atribuirse al daño moral trasciende del periodo de la condena y se extiende, sin duda, a todo el tiempo que va del procesamiento y de la condena indebida, hasta que se dictó el auto que atribuyó carácter de ejecutoria a la sentencia absolutoria, unido a que las circunstancias concurrente permiten, a juicio de la Sala, elevar a la cifra de 4.000 ptas. diarias que referida, y corregida, a dieciséis años, arroja una suma de 23.360.000 ptas., en la que se estima el importe a abonar por este concepto; y que, en definitiva, y de alguna manera, supone una estimación global, y que aunque suponga moverse en un marco de cierta relatividad e indeterminación (Sentencias de 3 de diciembre de 1982, 16 de julio de 1984, etc.), no obstante la cantidad señalada no resulta excesiva, dadas las circunstancias concurrentes, ya que también ha de resaltarse que en este supuesto, el perjudicado no está exento de una cierta negligencia en el ejercicio de gerente o administrador de la Sociedad privada colectiva e irregular, dado que el sumario y condena por distracción de fondos se basaron en un informe pericial que con base en los datos documentados y de contabilidad disponibles, el no acreditamiento debido del alcance resultaba cierto, sólo la aportación a posteriori —en dos intentos y años después— de nuevos documentos, hizo posible con base en nuevo informe pericial, la prosperabilidad de la Revisión. Por ello, si el actor hubiera extremado la diligencia que ex officio le es exigible al factor o administrador mercantil, aún con más rigor de la que es exigible a buen padre de familia, se hubieran evitado las insuficiencias de la investigación sumarial y del proceso penal, dado que también el acusado estaba obligado a aportar todas las pruebas a su disposición, para lograr una efectiva defensa, y es obvio que una prudencia elemental aconsejaba retener los duplicados o copias de los libramientos de todo tipo sobre la Caja Social, unido a la necesidad también de llevar al día y de una forma completa, la contabilidad de la Sociedad. En estos supuestos cabe hablar de una concurrencia de concausas, que imponen criterios de com-

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

*pensación (asumiendo en teoría, cada parte lo que le corresponde) o atemperar la indemnización a las características o circunstancias concurrentes del caso examinado. En este sentido, se ha pronunciado la doctrina de la Sala en las Sentencias, entre otras, de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986 y 22 de julio de 1988, etc.» (Sentencia de 3 de febrero de 1989, Sala 4.ª, Ar. 809.)*

Tomás FONT I LLOVET  
Joaquín TORNOS MAS

