

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Valor normativo de los principios rectores de la política económica y social contenidos en la Constitución.* B) *Reglamento. Delimitación conceptual y exigencia del Dictamen del Consejo de Estado.* C) *Reglamento comunitario. Doctrina sobre su posición en el Ordenamiento.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Concepto. Distinción de los actos derivados de funciones de policía judicial.* B) *Ejecutividad.*—III. CONTRATOS: *Nulidad de contratación directa por infracción de los principios de publicidad, concurrencia y licitación.*—IV. SERVICIO PÚBLICO: *Reversión del servicio y de los bienes necesarios para su continuidad.*—V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: A) *Reglamentos. Nulidad por falta de Dictamen del Consejo de Estado.* B) *Transferencia de medios financieros.*—VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos.* B) *Carácter esencial del informe del Secretario en los casos en que es preceptivo.*—VII. UNIVERSIDAD: *Acceso a la Universidad e igualdad real en el ejercicio del derecho a la educación.*—VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Intereses por demora.*—IX. MEDIO AMBIENTE: A) *Preferencia de la planificación ambiental sobre cualquier otra.* B) *Derecho de los vecinos a la prestación correcta del servicio de tratamiento de aguas residuales.*—X. LIBERTADES: *Principio de igualdad real. Tratamiento desigual a los desiguales.*—XI. SANCIONES: A) *Carácter reglado de «toda» la actividad sancionadora.* B) *Infracciones laborales.*—XII. URBANISMO: A) *Planeamiento. Nulidad de pleno derecho de un plan parcial declarada por vía administrativa.* B) *Proyecto de Urbanización. Aplicación del Régimen de Suspensión de licencias.* C) *Licencias:* 1. *Carácter reglado que puede incluir conceptos jurídicos indeterminados.* 2. *Impugnación. Entre las medidas cautelares no se incluye la anotación preventiva en el Registro de los recursos contra una licencia.*—XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Carácter revisor e inadmisión del recurso de reposición.* B) *Competencia. Concursos convocados por RTVE.* C) *Legitimación:* 1. *Legitimación por interés en materia ambiental.* 2. *Legitimación pasiva del Estado a pesar de haberse transferido la competencia en la materia a una Comunidad Autónoma.* D) *Prueba. Aplicación del «Criterio de la facilidad» en la prueba de los hechos.* E) *Sentencia:* 1. *Incongruencia por no contener pronunciamiento sobre una causa de inadmisibilidad.* 2. *Ejecución de sentencias.* F) *Recursos:* 1. *Recurso de revisión. Aplicación del principio Favor actionis a la legitimación en este recurso.* 2. *Recurso en interés de la ley. Legitimación exclusiva a favor del Abogado del Estado.*—XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Alcance. Compatibilidad con pensiones extraordinarias.* B) *Imputación:* 1. *Extensión del concepto de «servicio público» a la mala gestión de un vicecónsul honorario.* 2. *Responsabilidad por actuación del concesionario.* C) *Daños psíquicos y morales. Se indemniza el temor a la muerte.* D) *Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.*

I. FUENTES

A) Constitución.

El valor normativo de los «principios rectores de la política económica y social» contenidos en la Constitución, y en concreto del artículo 45, que proclama el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, obliga a reconocer la legitimación de los vecinos para recurrir contra el deficiente funcionamiento del servicio municipal de evacuación de aguas residuales.

«En la presente apelación se cuestiona la validez jurídica de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 24 de diciembre de 1987, que declaró inadmisibile por falta de legitimación el recurso número 56/86, interpuesto por don Gabriel P. S. contra Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Puigpunyent de 6 de noviembre de 1985 relativo al vertido de aguas residuales de dicha villa, y contra el Acuerdo del propio órgano de 8 de enero de 1986, desestimatorio del recurso de reposición.

El primer problema que hay que abordar aquí es, por tanto, el de existencia o no de la necesaria legitimación procesal del recurrente para combatir los acuerdos impugnados en primera instancia judicial. Y al respecto hay que empezar recordando que *el principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución y el de control pleno de la actuación administrativa que establece el 106 de la misma Constitución, examinados desde el principio directriz o matriz teórica que late —esto es, se esconde— bajo la proclamación por el artículo 1.º de la Constitución como valores superiores de la justicia y de la libertad, imponen a los Tribunales una flexibilización de los antiguos criterios rigoristas en materia de requisitos habilitantes para el acceso a los Tribunales. Porque al decir que esos valores inspiran nuestro ordenamiento se está proclamando también el principio de interdicción de cualquier interpretación "contra cives". Y esto supone, por lo pronto, que la distinción entre derechos e intereses legítimos que aparece en el citado artículo 24 no hay que verla como la expresión de dos conceptos diferentes o contrapuestos, de mayor robustez o densidad el primero, debilitado o de menor solidez el segundo. Antes al contrario, esa distinción hay que verla como expresión del propósito de ampliar la esfera de protección del ciudadano, a fin de que reciban también tutela judicial aquellas situaciones jurídicas que se hallan en los contornos, imprecisos por naturaleza, de las facultades subjetivas.*

Establecido lo anterior, hay que añadir ahora que lo que aquí se plantea es la de unas consecuencias —que, en el mejor de los casos, pueden calificarse de molestas— que se siguen al recurrente por las deficiencias que presentan las instalaciones de tratamiento y evacuación de las aguas residuales del municipio. *Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a "todos" el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación de don Gabriel P. S. es negar lo evidente. Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más —como ya hizo en Sentencia de 9 de mayo de 1986— que los preceptos contenidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de "principios rectores de la política social y económica", no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. Porque, como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso Trop contra Duller, "las declaraciones de la Constitución no*

son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno". Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito. De manera que *ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos. Por todo ello, es claro que el recurrente tiene legitimación sobrada para acceder a los Tribunales de justicia a plantear la cuestión aquí debatida*. Así lo declara esta Sala, que, en consecuencia, debe revocar y revoca la sentencia de instancia que inadmitió un recurso, entrando a continuación a examinar el fondo de la cuestión.

En 4 de marzo de 1985, el recurrente presentó ante el Ayuntamiento de Puigpunyent un escrito solicitando que se adoptasen las medidas oportunas para poner fin inmediato a los vertidos de las aguas fecales del municipio al cauce de La Ricra, a la altura aproximada de la fosa séptica ubicada entre los kilómetros 13 y 14 de la carretera de Palma a Puigpunyent, dando una solución definitiva y eficaz a la evacuación de las aguas residuales, excluyendo totalmente los riesgos y molestias que la situación existente le causaba en razón al vertido directo al cauce, que incluso habían producido trastornos sanitarios a los miembros de la familia del recurrente. En autos está probado muy cumplidamente mediante las oportunas pruebas testifical y pericial la certeza de los hechos descritos, así como las medidas que es necesario realizar para preservar y defender el derecho a un medio ambiente adecuado que tiene el recurrente.

La Ley básica estatal de Régimen Local de 2 de abril, norma de inmediata y directa aplicación —no es una ley de bases, pese a su denominación, y a prever la redacción de un texto refundido que fue luego efectivamente dictado— establece como competencias obligatorias de los Municipios, entre otras, las de protección del medio ambiente y la de protección de la salubridad pública, así como la de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (art. 26). Y reconoce, además, el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio (artículo 18). Es claro, por tanto, que el Municipio de Puigpunyent tiene la obligación —correlativa al derecho del recurrente— de adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la situación que ha dado origen al pleito. Esta obligación y este derecho suponen que el Ayuntamiento tiene que cumplir lo que se le ha solicitado, lo que implica, además, la obligación de incluir en sus presupuestos, si fuese necesario, las partidas para realizar las obras que sean adecuadas para poner fin a la situación actual de atentado al derecho del recurrente a un medio ambiente adecuado. Y esto es así, es decir, que esa obligación de allegar incluso los medios económicos oportunos está ínsita dentro de la de establecer y conservar en óptimas condiciones las instalaciones de vertido de aguas residuales, porque de otro modo podría no tener efectividad el derecho del recurrente. Y por lo que hace a las medidas a tomar, éstas serán las necesarias para terminar con la situación de insalubridad y de incidencia contaminante actualmente existente y que queda probada en autos. Como orientación deben tenerse en cuenta, como mínimo, las que sugiere el informe de los Servicios de la Consejería de Obras Públicas y ordenación del territorio del Gobierno balear y que figura a los folios 181 a 183 de los autos de primera instancia.» (Sentencia de 25 de abril de 1989, Sala 1.ª, Ar. 3233.)

B) Reglamento.

Criterios para la delimitación del concepto de disposición de carácter general, incluyéndose el de atender al contenido regulador del régimen jurídico de ciertas autorizaciones. En relación con tales disposiciones, la falta del Dictamen del Consejo de Estado provoca la nulidad de pleno derecho.

«La cuestión esencial que hemos planteado está en íntima conexión con la naturaleza de la norma dictada como "disposición de carácter general", como rectora y reguladora del régimen jurídico del "servicio público discrecional de transporte de viajeros por carretera", que se manifiesta en su articulado de manera clara y terminante, en cuanto norma general de permanencia en el tiempo en su principal manifestación que esa valoración se refleja en su Exposición de Motivos distinguiendo el aspecto temporal y el de permanencia, y así expresamente indica "que una misma disposición contenga preceptos de diferente naturaleza, *por una parte, unos de carácter temporal*, que determinan el número de nuevas autorizaciones a otorgar para períodos determinados de tiempo, y, *por otra, aquellos otros con vocación de permanencia* referentes a los que, con un concepto riguroso, cabría denominar régimen jurídico de las autorizaciones y que constituyen desarrollo de lo previsto en el Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera", estableciéndose *la conclusión determinante y definitiva* de la naturaleza de la disposición atacada, al afirmar que "la disposición que ahora se promulga supone *una clarificación del conjunto de relaciones jurídicas* derivadas de la intervención administrativa en el sector, configurando los distintos supuestos de intervención y las consecuencias de la misma, reduciendo el campo de aplicación de la discrecionalidad administrativa y el juego de los conceptos jurídicos indeterminados, *en la medida en que tal reducción resulta posible*", y, en consecuencia, se procede de acuerdo con la titulación de la Orden a la "regulación del régimen jurídico del otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones de transporte público discrecional de viajeros por carretera", esto es, lo que constituye el nacimiento, vida y muerte de una actividad.

La consecuencia inmediata que se deduce de lo anterior, al margen del órgano del cual emanó la norma, y que será objeto de contemplación, es no sólo la ausencia de consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado que deberá llevarse a efecto en los siguientes asuntos —art. 22.3 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado—: "Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones", que nos revela, de manera categórica, con lo consignado anteriormente y nos proporciona el articulado de la Orden, que la misma, advenida por propia argumentación de la Administración, en cuanto que constituye ejecución, conforme dicha norma al artículo 19 y Disposiciones adicionales 2.ª y 3.ª de la Ley de 1947, debió de dictarse con el correspondiente informe preceptivo previsto para la elaboración de las disposiciones de carácter general, habiéndose cumplido única y exclusivamente el trámite de informe preceptivo de la Secretaría General Técnica, por ello sin necesidad de entrar en el análisis del órgano del cual emanó la norma, en cuanto a las previsiones establecidas en el artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido de 26 de julio de 1957, en relación con lo prevenido en el 97 de la Constitución, como *norma normarum*, hemos de proceder a la estimación del recurso contencioso interpuesto contra la Orden de 23 de diciembre de 1983, a que estos autos se contraen, declarando nula de pleno derecho y sin ningún valor la misma.» (Sentencia de 15 de marzo de 1988, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 2708.)

C) *Reglamento comunitario. Su posición en el Ordenamiento interno. Doctrina general.*

«En tal planteamiento, la decisión de la actual controversia parece quedar subordinada a la posición del Reglamento 570/1986 en el bloque de la legalidad como cobertura de la Orden Ministerial objeto de impugnación en este proceso. Ahora bien, la *validez* de esa norma comunitaria es indiscutible y ni siquiera ha sido puesta en tela de juicio, mientras que su sentido y alcance son claros y no existen zonas oscuras en su *interpretación*. En realidad, aquí y ahora se pretende ponderar la *eficacia* como consecuencia de su inserción e incidencia en el ordenamiento jurídico español. No es ésta una de las dos circunstancias que podrían servir de soporte para someterla al conocimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como *cuestión prejudicial* —art. 41 del primer Tratado de 1951 (Leg. CC.EE. 7); arts. 150 y 177 de los dos últimos, de 1957 (Leg. CC.EE. 8 y 9), que regulan esta pieza clave del sistema con mayor extensión—. En definitiva, la efectividad del tantas veces mencionado Reglamento del Consejo constituye un dato que puede y debe ser considerado aquí y ahora por nosotros desde la perspectiva del Derecho interno.

En esa línea discursiva, esta misma Sala puso ya de relieve, hace dos años, en la *Sentencia de 28 de abril de 1987*, que el Derecho comunitario europeo tenía "eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad, autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, en cumplimiento del artículo 93 de nuestra Constitución, hecho a la medida para esta circunstancia". A causa de este talante superlegal y, en definitiva, paraconstitucional de los Tratados fundacionales, resulta incorporado a nuestro ordenamiento el artículo 189 (Leg. CC.EE. 1986, 8), del que creó en 1957 la Comunidad Económica, donde se advierte que el "Reglamento tendrá un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado miembro". La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reconocido su carácter esencialmente normativo (*Sentencia de 14 de diciembre de 1962*), como manifestación principal de la potestad legislativa comunitaria, que es cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente la fuente más importante de este ordenamiento supranacional. En virtud de esta su naturaleza y de su función, el Reglamento produce efectos inmediatos (*Sentencia de 14 de diciembre de 1971*) de forma simultánea y uniforme en todos los Estados miembros. La consecuencia más elemental de esta eficacia inmediata y directa, así como de su situación en lo alto de la escala normativa, consiste en su prevalencia respecto de cualquiera otra disposición general interna (incluso con rango de ley) que obstaculice, perturbe o disminuya su aplicación.

Es obvio entonces, una vez establecida tal premisa, que el Gobierno de la Nación, autor del Real Decreto 1295/1986, conocía la existencia del Reglamento 570/1986 del Consejo, que había sido publicado cuatro meses antes. Con aquél introducía un mecanismo de transmisión entre los ordenamientos europeo y español y el subsistema canario, sin que el contenido de la norma interna pudiera contradecir el mandato de la supranacional, con el mismo destinatario individualizado e idéntico ámbito territorial. En definitiva, el reenvío de la Orden Ministerial al Reglamento comunitario para la determinación del origen de los productos resultaba obligado y, por ello, su ajuste extrínseco e intrínseco al bloque de legalidad es completo.» (*Sentencia de 17 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4524.*)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

- A) *Concepto. No es acto administrativo la solicitud de la Guardia Civil al Colegio de Abogados para nombrar un Letrado de oficio para asistencia a un detenido. Es un acto derivado de funciones de policía judicial.*

«El artículo 6.1 de la Ley 62/78 configura la llamada "garantía contencioso-administrativa" regulada en su sección segunda como un proceso especial cuyo objeto aparece limitado a los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución. Se requiere, pues, como objeto de la pretensión la existencia de un "acto de la Administración Pública sujeto a Derecho Administrativo" que atente o percuta en un derecho fundamental de los especialmente protegidos. La Ley de la Jurisdicción —de aplicación supletoria en estos procesos, conforme se dispone en el artículo 6.1 *in fine*— en su artículo 1.1 precisa que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con "los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley". Las pretensiones a deducir han de serlo necesariamente con los "actos" o "disposiciones" de la Administración, y aunque se hable de acto (y no de acuerdo, resolución, providencia, o de cualquier otro concepto semejante por ser aquél más extenso), éste debe de tener la naturaleza de acto administrativo, que es aquel que comprende, en un concepto amplio, como ha sido definido por la Jurisprudencia de este Alto Tribunal, la actuación de la Administración del Estado en cualquiera de sus actividades, pero en el sentido técnico comprende sólo las resoluciones o decisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de las funciones y dentro de las atribuciones que les están conferidas y en relación con el fin en cuya razón legal se produce, de donde se infiere, claramente, que en el presente caso la decisión de la Guardia Civil de solicitar el nombramiento de un abogado o letrado de oficio se efectúa en relación con el *iter* procedimental inculpatario del Derecho Penal que se inicia subjetivamente, y respecto del inculpado, con la detención del mismo; se trata, pues, de un acto no de naturaleza administrativa, sino derivado de las funciones de policía judicial que la Guardia Civil ejercía en aquellos momentos, y excluido del control jurisdiccional contencioso-administrativo para quedar inserto en el control jurisdiccional del orden Penal, pues no debe de olvidarse que el acto de la Administración, para ser revisado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe de tratarse de acto sujeto al Derecho Administrativo, y sabido es que éste lo constituye aquella parte del Derecho público que determina la organización y comportamiento de la Administración directa o indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado, surgiendo el Derecho público administrativo cuando interviene el Estado actuando justamente a través de sus órganos administrativos en disposición de tutelar con su intervención el interés de una norma previamente declarada, lo que no acontece en el presente caso, en que, como se indica, la actuación o actividad de la Guardia Civil no se produce en la vía gubernativa de control, sino que se inserta en el proceso o procedimiento inquisitorio que informa la jurisdicción penal y su actuación, en su caso, habría de revisarse precisamente en el orden jurisdiccional en que la misma se produce y del que dimana e impulsa su actividad.» (*Sentencia de 15 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 4388.*)

B) Ejecutividad.

Se insiste en la tendencia a admitir que la nulidad de pleno derecho como motivo de suspensión del acto en vía administrativa —art. 116 de la LPA— puede operar también en la vía jurisdiccional, a pesar de no figurar en el artículo 122 LJ.

«También esta Sala viene declarando que *el hecho de que el artículo 122.2 de dicha Ley guarde silencio sobre la nulidad de pleno derecho como supuesto bastante para justificar la suspensión, no impide que dicha nulidad pueda operar no sólo en la vía administrativa —art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, sino también en el campo procesal, siempre que de una manera terminantemente clara y ostensible se aprecie la posibilidad de la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento jurídico.*» (Auto de 6 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 2911.)

III. CONTRATOS

Nulidad de la contratación directa de un servicio municipal por plazo inferior a dos años, pero prorrogables y con derecho de preferencia para el concesionario, por infringirse los principios de publicidad, concurrencia y licitación.

«La primera anomalía que le imputa es la de su contratación directa contraviniendo las formas de contratación que establecía el Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, aprobado por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, entonces vigente. La Sentencia apelada estima que no concurrió tal defecto porque la contratación directa estaba autorizada en el artículo 117.1.1.º del aludido Texto cuando se trataba de contratar la gestión de servicios públicos y el plazo de duración no fuese superior a dos años. Pero examinando este Tribunal detenidamente la naturaleza del contrato (implantación y explotación de un servicio de microbuses urbanos en la ciudad) y las circunstancias que lo rodearon, constata sin dificultad que el plazo de los dos años que en él se fijó no fue más que una apariencia para hacer encajar dicho contrato dentro del texto de la norma, pero subsumiéndose el mismo en la previsión de fraude del artículo 6.4 del Código Civil, que impide conceder validez a los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiguen un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él; que es lo que indudablemente ocurrió en el presente caso, al haberse sustraído el contrato de gestión de servicios públicos de que se trata al procedimiento del concurso mandado con carácter general por el artículo 115.3 de la aludida Ley 41/1975; pues no se concibe la otorgación de un servicio cuya inversión exige un plazo de amortización de nueve años y que se conceda y contrate por un plazo de dos años —art. 115.4.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales—, *resultando manifiesto el fraude de la cláusula 3.ª del Pliego de Condiciones, en el que se establece que si bien la duración del contrato sólo será de dos años, transcurrido este plazo el Ayuntamiento podría optar por prorrogarlo al concesionario o bien proponer concurso, si bien en este último caso se habría de conceder derecho de tanteo y de retracto al actual adjudicatario; todo lo cual pone en evidencia el fraude que supuso para el obligado concurso (con licitación pública) la fijación del plazo de dos años para que fuese posible acudir a la contratación directa, pero previendo ya de antemano la continuación del plazo una vez rebasados los dos años sin promover tampoco con-*

currencia de ofertas o concediendo en otro caso derecho de preferencia al adjudicatario para la gestión del servicio una vez extinguido el aludido plazo, vulnerando la prohibición de conceder esos derechos de preferencia conforme al apartado 3 del artículo 116 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Consecuencia de la indebida contratación directa, en lugar del obligatorio concurso, fue además el que se sustrajo esta contratación y sus bases (Pliego de Condiciones, proyecto, tarifas, etc.) de toda información pública y de toda publicidad, violándose también así claramente los artículos 119 y 120 de la referida Ley 41/75 y el artículo 121 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, incurriéndose con todo esto en la nulidad que proclama el artículo 116.1 del mismo Reglamento de Servicios, con la conculcación, igualmente patente, de los artículos 69 de la Ley de Contratos del Estado y 213 de su Reglamento, aplicables supletoriamente a las Entidades Locales en virtud del artículo 109.1.º de la entonces vigente Ley 41/1975, y contraviniendo la reiterada doctrina de este Tribunal respecto a la excepcionalidad de la contratación directa y a la necesidad de la cumplida justificación de su excepcionalidad —Sentencias de 23 de mayo de 1979 y de 10 de diciembre de 1980, entre otras—; justificación que tampoco se dió en absoluto en el presente caso.» (Sentencia de 18 de abril de 1989, Sala 3.º, Sección 1.º, Ar. 3120.)

IV. SERVICIO PÚBLICO

Reversión del Servicio y entrega de los bienes necesarios para la continuidad del mismo. Centro de planificación familiar: orden de devolución de historiales clínicos.

«Debe dejarse claro que el principio fundamental en esta materia (extinción del contrato por cumplimiento del plazo contractual) exige por razones inexcusables y relacionadas con la continuidad del servicio (como nota básica) la devolución de las obras e instalaciones precisas para que el servicio continúe prestándose con normalidad. Esta consideración ha sido recogida en la sentencia apelada al decir que por razones de conservación y funcionamiento adecuado del servicio (Centro Municipal de Planificación Familiar) la obligación de entregar el historial de los pacientes (al tratarse de asistencia médica) para que puedan seguir siendo atendidos en el Centro Municipal y a tal efecto la ficha médica o los antecedentes son elementos básicos de un efectivo servicio. Es destacable, además, que los pacientes o clientela lo fueron de un centro no privado, sino que por autorización de la Administración municipal la sociedad "M. Ll. L." colabora con la Administración, con base en un contrato, a la prestación de un servicio público que el Ayuntamiento había establecido para el cumplimiento de un fin que cabe encuadrar dentro de sus competencias de asistencia sanitaria y social. Por eso, un Centro Médico de Planificación Familiar necesita contar —además de otros elementos materiales, equipos, etc.— con un banco de datos entre los que, indudablemente, se incluyen los historiales clínicos y la documentación complementaria, por formar parte éstos de los elementos básicos del Centro, como servicio público, ya que es un material de trabajo de primera mano, y no sólo para la continuidad de las prestaciones respecto de pacientes anteriores, sino como instrumento de información o documentación. Si a ello se añade que el material fue recogido como consecuencia del ejercicio de la actividad médica desarrollada en el ámbito público del Centro Municipal de Asistencia, la consecuencia no puede ser otra que la que la sentencia apelada contiene; conclusión plenamente compatible con las prescripciones del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, en cuanto preserva el derecho de los ciudadanos al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad y confidencialidad de toda la infor-

mación relacionada con su proceso. Por otra parte, la confidencialidad es un derecho general que afecta a todos en el plano de la exigencia y de la teoría institucional, reserva asimismo consustancial a todo sistema de las Administraciones Públicas sanitarias que no pueden obviar su contenido práctico en el desarrollo práctico de todas sus actividades médicas.» (*Sentencia de 16 de junio de 1989, Sala 3.º, Sección 1.ª, Ar. 4727.*)

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Reglamentos.

Carácter preceptivo del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de disposición de carácter general por los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Nulidad absoluta de la norma debido a la falta del Dictamen.

«En orden al primer tema existe una implícita conformidad en el alcance y objeto del D. 201/1985 cuestionado, en cuanto modifica el régimen establecido por los artículos 30 y 61 del Reglamento de Ordenación de los Transportes por Carretera aprobado por Decreto de 9 de diciembre de 1949, dictado en ejecución y aplicación de la Ley de 27 de diciembre de 1947, sobre Ordenación de los Transportes mecánicos por carretera, referentes los artículos citados a las circunstancias y régimen según el cual "los vehículos de servicios regulares estarán inseparablemente afectos a la explotación" a la cual correspondan de acuerdo con la naturaleza y características de la misma, suponiendo dicho Decreto una alteración modificativa del Reglamento de Ordenación citado, y en materia cuya competencia viene atribuida a las Comunidades Autónomas en virtud de lo prevenido en el artículo 148.15.º de la CE, norma fundamental que debe ser coordinada con la LO 4/1979, de 18 de diciembre, en su artículo 9.15, de acuerdo con las facultades de ordenación objeto de previsión en el artículo 25, circunstancias que no excluyen la observancia de lo dispuesto en el artículo 23 de la LO 3/1980, de 22 de abril, que establece el *modus operandi* tanto en orden a la intervención como a la efectividad del dictamen del Consejo de Estado.

El citado artículo 23 de la LO 3/1980, en su párrafo primero: "Las Comunidades Autónomas *podrán* por conducto de sus Presidentes, solicitar *directamente* del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente", norma que atribuye o asigna *la facultad* a las Comunidades Autónomas de recabar los informes que estimen oportunos, cursados a través de sus respectivos presidentes, estableciéndose en el párrafo segundo una consecuencia correlativa con la prevista en el artículo 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de modo que "a efectos de la resolución del expediente, *se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales*, y los que se juzguen absolutamente necesarios para acordar o resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos", calificación, exigibilidad y consecuencias deducibles que nos proporciona la indicada LO 3/1980 cuando en su artículo 23, párrafo segundo, dispone que "el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes", y en el artículo 22 se dispone que "La Comisión Permanente del Consejo de Estado *deberá* ser consultada en los siguientes asuntos: 3) Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones", y, como acertadamente se ponen de manifiesto estas circunstancias en la sentencia apelada, la conclusión es su confirmación, con la desestimación de la apelación interpuesta.» (*Sentencia de 5 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 3153.*)

- B) *Transferencia de medios financieros. El titular de un derecho frente al Estado puede reclamarlo directamente a éste si no ha procedido a transferir los medios financieros a la Comunidad Autónoma, titular de la competencia. Razones de economía y buen sentido deben evitar una reclamación a la Comunidad Autónoma para que ésta reclame, a su vez, al Estado.*

«También alega el señor Letrado del Estado falta de legitimación activa en el Consorcio actor, en tanto en cuanto —se dice— si en el proceso de las transferencias a la Comunidad Autónoma del País Vasco la Administración del Estado no hubiera puesto a disposición de aquélla los medios correspondientes a reclamárselos pero no el Consorcio de Transportes de Vizcaya. Sin embargo, tampoco este argumento puede ser aceptado. Del artículo 4.2 de la Ley 44/75 se derivó para el Consorcio el derecho a recibir del Estado la cantidad de dos mil millones de pesetas, y este derecho no se ha desfigurado en lo sustancial por la normativa posterior del proceso autonómico. Por lo tanto, el Consorcio puede reclamar esa provisión de fondos de quien deba realizarla, a saber, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, si es que ésta ha recibido los fondos oportunos, o de la propia Administración Central, si es que ésta no transfirió los fondos. Ninguna norma existe que obligue al titular de un derecho —concedido directamente por la Ley 44/75— a esperar a que un tercero (la Comunidad Autónoma) ejercite en su nombre ese derecho; si las competencias fueron transferidas pero no fueron acompañadas de los medios financieros oportunos, el Consorcio (que es un ente local con personalidad jurídica propia, según el artículo 1 de la Ley 44/75) puede ejercitar directamente su derecho de quien resulte ser el deudor, es decir, y en tal caso, de la Administración del Estado. Así se deduce del artículo 28.2 de la Ley Jurisdiccional, y de la propia lógica, pues razones de economía y buen sentido aconsejan permitir que reclame los fondos el propio titular del derecho en lugar de exigir que los reclame la Comunidad Autónoma del País Vasco para luego hacerlos llegar al Consorcio de Transportes de Vizcaya. (Pues, en efecto, la Comunidad Autónoma habría de ser en definitiva un puro intermediario, que toma el dinero con una mano y lo entrega al Consorcio con la otra.)» (Sentencia de 22 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4056.)

VI. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) *Derecho de los vecinos a la prestación del servicio de evacuación de aguas residuales.*

Vid. I. FUENTES. A) *Constitución.* (Sentencia de 25 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3233.)

- B) *Informe del Secretario.*

Se insiste en el carácter de trámite esencial del Informe preceptivo del Secretario de la Corporación respecto a las materias que requieren acuerdo por «quorum» cualificado, de modo que su omisión tiene efectos invalidantes, no siendo suficiente el informe del interventor, aun tratándose de materia fiscal.

«Las alegaciones de la parte apelante no consiguen desvirtuar los certeros fundamentos de la sentencia de primera instancia, que aceptamos, y, a mayor

abundamiento, precisamos lo siguiente: a) el artículo 4.1 de la Ley 40/81, de 28 de octubre, dispone que será necesario el informe previo del Secretario, siempre que se trate de materias para las que se exige un *quorum* especial; lo que se mantiene en el artículo 4.1 del Real Decreto 2513/1982, de 24 de julio, en el que se desarrollan y aplican algunas de las medidas adoptadas por la Ley 40/81; b) de ambos preceptos resulta con evidencia el carácter preceptivo del informe del Secretario, que no puede ser suplido en ningún caso por el informe previo del Interventor, también preceptivo cuando se trata de materia de contenido económico, pero no en función alternativa con el informe del Secretario, sino además de éste; c) que el antiformalismo de la Ley Jurisdiccional y la interpretación restrictiva en cuanto a la invalidación de los actos administrativos por vicios de forma no puede conducir, en el caso examinado, a desconocer o ignorar la existencia de la omisión plena del necesario y preceptivo informe previo del Secretario de la Corporación Local; en efecto, no nos encontramos ante un caso de posible convalidación o subsanación, ni tampoco cabe admitir un acto tácito de apreciación de la legalidad de los acuerdos adoptados por la intervención del Secretario a lo largo del expediente, pues la realidad es que existe una absoluta falta del informe preceptivo, es decir, no es que el informe fuese incompleto, o se presentase antes de la celebración de la sesión, pero no dentro de la mínima antelación fijada en el artículo 4.2 del Real Decreto 2513/82 o cualquier otra circunstancia irregular aunque subsanable a tiempo; d) en resumen, nos encontramos ante la omisión de un preceptivo y necesario informe del Secretario, establecido como un presupuesto formal por una norma postconstitucional, y que recientemente ha sido valorado como requisito esencial por Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1986, 18 de febrero y 7 de diciembre de 1987; e) aceptar las alegaciones de la parte apelante sería tanto como no hacer caso de lo dispuesto en los preceptos citados respecto a la necesidad del informe previo del Secretario, que implica omisión de trámite esencial en ese concreto procedimiento administrativo, privándole de las exigencias formales indispensables para alcanzar su fin, pues esa infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa y acertada de la solución adoptada por la Corporación Local, dada que la finalidad del informe es ilustrar al órgano decisor, y ese fin no se obtendría, a menos que, como dice la parte apelante, en el acuerdo del Ayuntamiento fuera absolutamente indiferente la existencia o inexistencia del informe del Secretario, lo que significa olvidar la importante función que en orden a propiciar la legalidad corresponde al Cuerpo de Secretarios de la Administración General y que el Legislador proclama al exigir dicho informe, tanto en el artículo 4 de la Ley 40/81 como en el Cuarto del Real Decreto 2513/82, que lo desarrolla y que sea previo a la adopción del acuerdo; y de aquí el que invalidar el procedimiento administrativo a partir de dicha omisión no sea opuesto a la racionalidad jurídica y a la realidad social en que se debe mover el Ordenamiento Jurídico, cual alega la parte apelante, que trae en apoyo de sus argumentaciones una Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1983, cuyo contenido no es aplicable al caso examinado por tratarse de otro bien distinto, en el que se contempla no la omisión del preceptivo informe del Consejo de Estado, sino una tramitación administrativa en que se cumplió la petición de ese informe y que obtuvo la pertinente respuesta, aunque no a través de la Comisión Permanente, sino de una de las Secciones del Consejo de Estado.» (Sentencia de 6 de marzo de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 2594.)

VII. UNIVERSIDAD

Acceso. Se anula el acto de inadmisión de una persona con disminución de sus facultades físicas al no haberse tenido en cuenta dicha circunstancia para darle un trato desigual favorable y permitirle una igualdad real en el ejercicio del derecho a la educación.

«Son anulables, por su disconformidad al Ordenamiento Jurídico, los actos administrativos producidos por la aplicación de disposiciones reglamentarias no conformes a derecho y de forma indudable cuando éstas vulneren derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española de 1978, al ser esta cúspide normativa inspiradora de aquél y de la que necesariamente ha de derivarse, acomodándose a ella, para obtener su licitud y eficacia plena; pues bien, los actos administrativos al presente combatidos se fundamentan jurídicamente en la aplicación del Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, publicado en el "BOE" del día 14 siguiente, así como en la aplicación de los límites máximos de admisión de alumnos en los Centros dependientes de la Universidad Complutense de Madrid, en los que se prevé la existencia de inadecuación entre la capacidad de dichos Centros en orden material y personal y el número de plazas de alumnos solicitadas, establecidos por Acuerdo del Consejo de Universidades, conforme al aludido Real Decreto, vigente para el curso académico 1986-1987, en cuyo Acuerdo se establece el criterio de prelación, respecto a los alumnos que aprobaron el Curso de Orientación Universitaria —COU—, en la convocatoria de junio del año en curso o en convocatorias anteriores, al de la nota media del expediente académico, sin referencia alguna a las circunstancias personales de los alumnos, en relación a la posible disminución de sus potencias físicas, psíquicas o sensoriales, que condicionan a alguno de ellos respecto a las enseñanzas que por los mismos sean susceptibles de recibir y les permitan obtener titulaciones que les faculten para el ejercicio profesional correspondiente, habida cuenta, también, de sus aptitudes derivadas de las disminuciones de potencias que en ellos concurren.

El principio recogido en el artículo 27.1 de la Constitución citada, de que "todos tienen derecho a la educación", si bien no es en modo alguno absoluto e incondicionado, lleva implícito el de recibir la enseñanza precisa para ello a cualquier nivel, en función exclusiva de las aptitudes y vocación del alumno, sin que en ningún caso tal derecho esté sometido a discriminación alguna injustificada, por razón de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquiera otra condición o "circunstancia personal" o social, ya que ello vulneraría el también derecho fundamental de "igualdad de todos los españoles ante la Ley", reconocido en el artículo 14 de la aludida Constitución; lo cual también se halla establecido —en lo que aquí interesa— en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; ahora bien, tales principios constitucionales, por lo que atañe a los disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales, son vulnerados —como después se razonará— en el Acuerdo meritado del Consejo de Universidades, en los que se desconoce la condición y las circunstancias personales de los expresados disminuidos en sus potencias parciales, y en los que quedan algunas importantísimas, mediante los cuales pueden seguir los adecuados estudios universitarios y obtener las correspondientes titulaciones académicas que han de facultarles para el ejercicio de profesiones en consonancia a la disminución parcial de potencias que los mismos tienen, pues así como los alumnos en los que no concurren dichas "disminuciones" tienen en principio un amplio campo de posibilidades para elegir, seguir y obtener cualquier clase de titulación y ejercer distintas profesiones, no ocurre otro tanto con las personas disminuidas física, psíquica o sensorialmente, que sólo tienen aptitud por dichas circunstancias personales de seguir unos estudios, obtener unas titulaciones y ejercer unas profesiones condicionadas a dichas disminuciones, lo que significa la

posibilidad de satisfacer sus necesidades económicas y espirituales de su propia vida, que, conforme al artículo 49 de la Constitución, los poderes públicos vienen obligados a favorecer y a proteger; sin olvidar que el artículo 31.2 de la Ley 13-1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, estableció un trato diferencial perfectamente justificado en relación con dichas personas en orden a procedimientos y clases de estudios a realizar y "pruebas" a efectuar para valorar su aprovechamiento académico, adaptándolos al de las características de la "minusvalía" concurrente en cada persona; pues bien, en el Acuerdo del Consejo de Universidades producido por aplicación del Real Decreto meritado, en que jurídicamente se fundamentan los actos administrativos impugnados, establece una prelación en la admisión de alumnos en los Centros Universitarios común a todos ellos, sin tener en cuenta las condiciones personales aludidas de aquellos que sufren alguna disminución en sus potencias físicas, psíquicas o sensoriales, que también tienen derecho a la educación y a recibir las enseñanzas precisas y las titulaciones académicas correspondientes, así como a ejercer las profesiones que las mismas les faculten, en consonancia con las aptitudes de tal naturaleza, ya que —repetimos— no pueden acudir, por su disminución potencial parcial, a realizar otra clase de estudios ni a obtener otras titulaciones académicas y a ejercer otras profesiones que las no limitadas por dichas "disminuciones potenciales"; cuyo criterio o prelación vulnera los aludidos principios constitucionales y concretamente el espíritu de la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos; de aquí que los actos administrativos al presente combatidos, producidos a su amparo, hayan de ser considerados como contrarios al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, aunque no mediara dicha inconstitucionalidad de la norma reglamentaria aplicada —cuya inconstitucionalidad, por su naturaleza jurídica, puede ser apreciada por este Tribunal que ahora enjuicia, sin llegar a invadir atribuciones propias del Tribunal Constitucional—, lo cierto es que los aludidos actos administrativos impugnados se fundan en la afirmación, no demostrada, de que la nota media del expediente académico de la solicitante era inferior a la de los 499 alumnos admitidos, pretendiendo cargar la prueba de que dicha afirmación administrativa no es cierta —hecho negativo— a la parte reclamante, sin proporcionarle dato o medio alguno para poder hacerlo, ya que habiendo interesado la reclamante de la Administración demandada una "relación nominal de los 499 alumnos que fueron admitidos en el Centro, en la matrícula de primer curso, para el académico de 1986-1987", se le contesta, mediante oficio de fecha 19 de diciembre de 1986 del Vicerrector de Alumnos, que "no tiene datos... hasta la fecha, del número de alumnos que llegaron a formalizar matrícula ya que se encuentra pendiente de proceso informático", oficio que mal se compadece con la aludida afirmación base de la denegación producida, así como con la argumentación de la resolución que la confirma; asimismo, se ha de considerar que en el expediente administrativo enviado por la Administración, en cumplimiento del artículo 61 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, no existe dato alguno del que se pueda inferir la certeza de dicha escueta afirmación, y hora es ya de que la Administración cumpla con su deber de enviar a los Órganos Jurisdiccionales que conozcan de los recursos contencioso-administrativos contra la misma entablados, los expedientes administrativos completos con todos los documentos que se tuvieran en cuenta en ellos para producir el acto impugnado, perfectamente ordenados y foliados, de suerte que cualquier deficiencia en el expediente enviado imputable únicamente a la Administración no ha de perjudicar al administrado, que, con la actuación de aquella, se ve impotente para poder demostrar los hechos en que se funda su reclamación, tal como ésta quisiera, sin que sea posible desplazar la carga de la prueba de los hechos negativos al administrado, que no tiene dato alguno al no proporcionárselos la Administración que realmente los conoce —no tener la solicitante mayor nota media que alguno de los alumnos admitidos—, siendo de aplicación a este respecto

lo establecido en el artículo 1214 del Código Civil, con las consecuencias inherentes a la falta de prueba de los hechos alegados por las partes.

Por todas estas razones, no siendo conformes a derecho los actos administrativos objeto de recurso jurisdiccional, procedente es su anulación; y al no haberlo entendido también así la sentencia al presente apelada, se ha de revocar la misma en todas sus partes, declarando en su lugar el derecho de la demandante-apelante, como reconocimiento de su situación jurídica individualizada, a ser admitida como alumna del primer curso en la Escuela Universitaria de Óptica, dependiente de la Universidad Complutense de Madrid, a partir de la primera convocatoria de admisión de alumnos en la misma que se produzca o esté abierta después de la firma de esta sentencia; sin que ello implique otra consecuencia jurídica respecto de los alumnos que fueron admitidos en el Centro aludido.» (*Sentencia de 20 de junio 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4680.*)

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Intereses por demora.

En la vía incidental de ejecución de sentencias no cabe solicitar el abono de los intereses previstos en los artículos 56 y 57 LEF, si en ninguna de las resoluciones administrativas ni sentencias judiciales precedentes se contiene pronunciamiento alguno respecto de los mismos.

«Lo primero que hay que resaltar en este incidente es que por vía de ejecución de la Sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1986, confirmatoria de la dictada por la Audiencia Territorial de Barcelona el 21 de noviembre de 1985, se pretende hacer efectivos los intereses moratorios de los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa, cuando en ninguno de ambos fallos, ni tampoco en las Resoluciones del Jurado de 18 de septiembre de 1981 y 29 de enero de 1982, se contiene pronunciamiento en orden al abono de los mismos, pues aunque es cierto que la jurisprudencia ha dicho que los intereses se deben por ministerio de la ley, esta doctrina se ha ido construyendo al hilo de aquellos casos, distintos del que ahora nos ocupa, en que su pago no se pidió en vía administrativa sino al acudir a los Tribunales, no se impetró en primera instancia pero sí en apelación o se acordó por los tribunales sin previa petición de parte —Sentencias de 9 de diciembre de 1977, 15 de junio de 1983, 8, 13 y 19 de noviembre de 1984, 27 de diciembre de 1984, entre otras—. Y es que, así como el proceso de conocimiento tiene por objeto dar una respuesta a una pretensión discutible, que se traduce en una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, la pretensión en el proceso de ejecución tiene que ser siempre indiscutible, perseguir su inmediata efectividad, por existir una declaración previa de un derecho incorporado a un título apto conforme a la ley para abrir el paso a la ejecución procesal. Cuando se trata de un título judicial y está representado por una sentencia firme, que es la regla general, su ejecución no permite al órgano jurisdiccional efectuar una declaración de voluntad dirigida a una actuación concreta de la ley respecto a cuestiones no controvertidas en el previo proceso de conocimiento ni resueltas por ello en el fallo, incluso aunque se refieran a materias que guarden relación con el contenido del mismo, pues todo incidente de ejecución presupone la declaración del derecho que se trata precisamente de hacer efectivo, aunque sus perfiles no aparezcan totalmente definidos en el fallo.» (*Auto de 12 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2840.*)

IX. MEDIO AMBIENTE

- A) *Se reconoce un valor preeminente al derecho a un medio ambiente adecuado, lo que supone la prevalencia de la planificación medioambiental sobre cualquier otra. Se acuerda la suspensión del otorgamiento de una licencia de apertura para garantizar el derecho a un ruido que no impida el descanso y proteger la salud.*

«Una vez más —y como hacía notar el auto apelado— se encuentran enfrentados los intereses de dos particulares, cada uno de los cuales puede encontrar apoyatura en preceptos constitucionales —derecho al descanso y a un medio ambiente adecuado (art. 45 de la Constitución) y derecho al ejercicio de una actividad empresarial (art. 38 de la Constitución)—.

En autos consta probado documentalmente —mediante actas levantadas en diversas ocasiones por la Policía Municipal— que, con posterioridad a alzarse la suspensión, el número de decibelios excede en mucho al tolerado por las Ordenanzas Municipales en vigor.

El derecho a un medio ambiente adecuado cobra en nuestros días un valor preeminente, como lo prueba la reciente Ley de 27 de marzo de 1989 de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, donde se establece la prevalencia de la planificación medioambiental sobre otra territorial o finca (sic) (arts. 5, 8 y 19).

El sistema jurídico de medio ambiente se integra de diversos subsistemas, entre ellos el de la lucha contra la contaminación de cualquier tipo, incluida la acústica. Esta Sala, que ha de interpretar las normas de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no puede desconocer esa prevalencia de lo medioambiental sobre lo urbanístico, que no nace, sino que se reconoce en esa Ley, porque pertenece a la naturaleza misma de las cosas. Y como poder público que también es, este Tribunal está conminado constitucionalmente a velar por ese medio ambiente, lo que supone velar también por la salud (art. 43 de la Constitución), porque la contaminación acústica no sólo es que impide el descanso a los que habitan en las viviendas cercanas, sino que perjudica la salud de todos los que se ven sometidos a la incidencia de un número excesivo de decibelios.

Por todo ello, procede revocar el auto impugnado manteniendo la suspensión acordada inicialmente, sin perjuicio de que si se acredita la reducción del número de decibelios a los topes permitidos, lo que implica no sólo la adopción de las medidas técnicas exigibles, sino también su efectividad, pueda nuevamente ser alzada. Debiendo la autoridad municipal velar con particular rigor por el exacto y eficaz cumplimiento de las expresadas medidas.» (Auto de 11 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3867.)

- B) *Derecho de los vecinos a la prestación correcta del servicio de tratamiento de aguas residuales.*

Vid. I. FUENTES. A) Constitución. (Sentencia de 25 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3233.)

X. LIBERTADES

Principio igualdad. Tratamiento desigual a los desiguales. Se anula el acto que no tuvo en cuenta la situación de disminución física del administrado que solicitó el acceso a la Universidad.

Vid. VII. UNIVERSIDAD. (Sentencia de 20 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 680.)

XI. SANCIONES

- A) *Se insiste en el carácter reglado de «toda» la actividad sancionadora, a pesar de que alguna normativa califique como discrecional la cuantificación de las multas a imponer.*

«PRIMERO.—Plantean estos autos como única cuestión a resolver en esta fase de apelación la de la cuantificación de la multa correspondiente a la infracción litigiosa.

Importa ante todo advertir que la Constitución, que ha reconocido la legitimidad de las sanciones administrativas —así, arts. 25.1 y 45.3—, ha tenido buen cuidado de subrayar el carácter reglado de la potestad sancionadora de la Administración —art. 25.1—: *no cabe admitir que en esta materia haya aspectos discrecionales, es decir, cuestiones en las que la Administración tenga "libertad" para elegir entre soluciones distintas pero igualmente justas —indiferentes jurídicamente—. Toda la actuación de la Administración en el terreno sancionador resulta, pues, reglada incluso cuando se trata de cuantificar las multas —no cabe pensar que dos multas distintas puedan resultar igualmente justas para una misma infracción—, pues aunque hayan de ser tenidos en cuenta conceptos jurídicos indeterminados, con el margen de apreciación que demanda su halo de dificultad, la aplicación de tales conceptos es un proceder reglado.*

Es cierto que el artículo 5.º del Decreto 3052/66, de 17 de noviembre, señala que la cuantía de las multas —con ciertos criterios— se determinará "discrecionalmente" por las autoridades competentes. Pero esta expresión no pasa de ser una dicción que era ya equivocada en el momento de dictarse dicho Decreto y que, desde luego, no resulta admisible después de la Constitución. *La cuantificación de las multas, materia reglada, ha de hacerse atendiendo a los criterios establecidos expresa o implícitamente por la normativa sancionadora, siendo de añadir:*

A) *El principio de la proporcionalidad, apuntado ya en el artículo 106.I de la Constitución —la referencia al "fin" de la actuación administrativa no se refiere sólo a la desviación de poder—, es plenamente aplicable en materia sancionadora.*

B) *Dicho de otra manera: los principios propios del Derecho Penal, cuya virtualidad en el campo de las sanciones administrativas es notoria —Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, de 21 de enero (R. T. Const. 2); 3/1988, de 21 de enero (R. T. Const. 3), etc.—, determinan la plena exigibilidad de una individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho —criterio de prevención general— y a la personalidad del autor —criterio de prevención especial—.*

Es también de indicar que la terminante insuficiencia de la normativa sancionadora en este punto ha de dar lugar a un criterio de *numerus apertus* en cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

SEGUNDO.—En el supuesto litigioso, ciertamente, no ha existido demasiada "motivación" respecto de la cuantificación de la multa.

Pero ha de recordarse que las normas han de ser aplicadas atendiendo a la realidad social y si ésta, por un lado, ha ofrecido asuntos de tanta gravedad como el tristemente célebre caso de la colza —lo que afecta a los fines de prevención general propios de la sanción—, por otro, en localidades pequeñas muestra la existencia de la costumbre de comprar aceite en almazaras del lugar cuyos titulares son bien conocidos, lo que inspira la lógica confianza a los vecinos. Esto último no puede ser obstáculo para aplicar la normativa sancionadora vigente, siendo únicamente un dato a la hora de graduar la sanción.

Y ya en este punto, en lo que a estos autos respecta, habida cuenta de las costumbres de la pequeña población en que ocurrieron los hechos, de la pureza del aceite vendido sin envasar y precintar —art. 24 del RD 2705/79, de 16 de noviembre—, de la escasa importancia de la infracción, de la capacidad económica de la empresa, etc., la Sala entiende que la sanción adecuada a las características de la infracción —art. 5.º del Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre— es la de multa no de 500.000 pesetas, como entendió la Administración, ni tampoco de 25.000 pesetas, como señala la sentencia apelada, sino de 100.000 pesetas, pues aun atendiendo a las circunstancias mencionadas no puede olvidarse la finalidad perseguida por la normativa reguladora de la venta de aceites y que aspira a establecer unos determinados cauces formales que han de imponerse socialmente para evitar la repetición de acontecimientos como el antes mencionado, lo que exige que las sanciones tengan una cierta entidad.

TERCERO.—Procedente será, por consecuencia, una estimación parcial del recurso de apelación, sin que en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional se aprecie base bastante para formular una expresa imposición de costas.» (*Sentencia de 29 de marzo de 1989, Sala 3.ª, Ar. 2426.*)

B) *Infracciones laborales.*

La actuación de un empresario que no declara la verdad sobre la situación de sus trabajadores ante la Inspección de Trabajo no constituye una falta de obstrucción o resistencia a dicha Inspección, por lo que no puede ser sancionado por dicha falsedad.

«Habiendo sido el interesado requerido de comparecencia ante la Inspección de Trabajo, en dicho acto manifiesta que un trabajador tan sólo en horas libres y sólo por un período de dos meses había prestado servicios en la empresa; la Inspección recaba seguidamente información a la Guardia Civil y al Ayuntamiento de la localidad, quienes informan que el referido trabajador estaba incorporado a la empresa desde fecha muy anterior, por lo que se impuso al empresario sanción de 80.000 pesetas de multa, que en el recurso de donde esta apelación procede ha sido confirmada desestimando la impugnación en este particular; mas al mismo tiempo se levanta acta de obstrucción que acarrea sanción de 35.000 pesetas de multa al estimar la Inspección y Autoridad que confirma lo actuado que el caso está comprendido en el artículo 14, párrafos d), f) y g), del Decreto 2122/71, de 23 de julio, como falta grave, particular impugnado que es estimado por la sentencia apelada declarando su nulidad; éste es el objeto de este recurso de apelación que es des-

estimado por cuanto no puede apreciarse que de la contestación dada por el interesado al requerimiento hecho por la Inspección se derive una perturbación o retraso en la actuación inspectora por el hecho de que el interesado haga unas manifestaciones que luego resultaron no ser verdad, pero sin que fuera apercebido y conminado a completar y esclarecer aún más de lo que hizo todas las circunstancias del caso; en principio, debe observarse, la Inspección se contenta con la manifestación que el interesado hace y recaba del mismo más indagación o explicación, ni consta que sobre el extremo posteriormente aclarado se le pidieran más concreciones u ofreciera resistencia a hacerlo; aquí acaba la conducta del interesado, quedando la Inspección libre de indagar lo que estima conveniente, llegando a través de las diligencias que acordó practicar a constatar la existencia de un período superior al declarado en cuanto a los servicios prestados a la empresa; mas de esto no puede deducirse un comportamiento resistente positivo en el empresario en lo que se le preguntó ni recibió requerimiento alguno; de no ser así habría que estimar la existencia de obstrucción en toda diligencia complementaria que acuerde la actuación inspectora; en el caso, según se lee en el Acta de origen de las actuaciones, es el interesado quien de propia voluntad hace unas manifestaciones y no se ve interpelado por la Inspección sobre otros extremos de interés, pero nada más; si la Inspección no se conforma con lo manifestado y, en vez de seguir requiriéndole para constatar en qué medida su declaración va a resultar falsa, lo que acuerda es ampliar datos interesándolos de terceros, esto entra dentro de las facultades ordinarias de la Inspección para traer otras circunstancias de hecho al expediente, pero no por ello se debe deducir que en el interesado hay la firme voluntad de resistir a la actuación inspectora, pues simplemente no dice la verdad, pero no suministra, porque no es previamente requerido, los datos que luego esclarece la Inspección, por lo que se impone concluir que no existe obstrucción, como con acierto hace la sentencia apelada, que merece su confirmación, con desestimación del recurso de apelación interpuesto, sin que sean de apreciar circunstancias de las que se deriva una concreta condena en costas.» (*Sentencia de 27 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2892.*)

XII. URBANISMO

A) *Planeamiento.*

Presupuestos y efectos de la declaración por vía administrativa de la nulidad de pleno derecho de un Plan Parcial.

«Sostuvo la recurrente, y sigue sosteniendo, la improcedencia de la declaración de nulidad de pleno derecho del Plan Parcial Noroeste de Premiá de Mar, apoyándose al respecto en el informe jurídico emitido por el Servicio Territorial de Barcelona de la Dirección de Urbanismo del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, así como en los límites de la potestad anulatoria impuestos por el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin cuestionar en momento alguno la apreciada vulneración por el aludido Plan Parcial de importantísimas determinaciones del Plan Comarcal de Ordenación del Maresme, una de ellas la clasificación de toda un área como agrícola permanente (no urbanizable), que pasó a ser urbanizable. Lo erróneo de dicho informe jurídico, al que simplemente se remite la apelante, hace totalmente rechazable su primera objeción: *los Planes de Urbanismo, aunque se aprueben por un acto administrativo y frente a él quepa reaccionar por los posibles vicios invalidantes de cualquier grado en que pudiera haber incurrido, una vez aprobados, tienen carácter normativo, integrándose en el Ordenamiento Jurídico, y como verdaderas normas, quedan sujetos al principio de jerarquía normativa, traducido en su caso*

a la imposibilidad de que ningún Plan pueda contradecir las determinaciones de otro de superior rango y, en el particular que nos ocupa, a que el Plan Parcial Noroeste de Premiá de Mar no pueda ir en contra de las del Plan Comarcal de Ordenación del Maresme, y a que en el supuesto de que si así ocurriese, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23.1 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se produzca la nulidad de pleno derecho del Plan de inferior rango, y no la nulidad relativa o anulabilidad del mismo, criterio del invocado informe jurídico sustentado en la no consideración normativa de los Planes. En cuanto a las limitaciones que impone el artículo 112 de la segunda de dichas Leyes, no cabe reputarlas operativas en el caso que se enjuicia, lo que lleva a rechazar también la segunda objeción de la recurrente, pues si bien en ese artículo se condiciona el ejercicio de las potestades de revisión de oficio, entre otros supuestos, y poniéndonos ante el que se coloca la misma, a que por el tiempo transcurrido no resulte el actuarlas contrario a la equidad, la aplicación de este límite a la declaración de nulidad del Plan Parcial Noroeste de Premiá de Mar la impide la propia naturaleza normativa del mismo y el que, como norma jurídica que es, no se haya agotado con la simple producción del acto administrativo que lo hizo nacer, sino que naciese llamado a mantener una vigencia indefinida, en tanto no fuese modificado o sustituido por otro, con la susceptibilidad de que a su amparo se fuesen produciendo sucesivos actos de aplicación: ciertamente, como alega la apelante, el indicado artículo 112 se encuentra comprendido en igual capítulo de dicha Ley procedimental que el 109, y en una interpretación extensiva de éste se ha admitido también la revisión de oficio de las disposiciones generales que resultaren ser nulas de pleno derecho, mas respecto de éstas y de su naturaleza participan los Planes, repugna en absoluto que al socaire de una presupuesto temporal, indudablemente no previsto para ellas, en cuanto destinadas a producir indefinidamente efectos, y si para los actos, que se agotan con su cumplimiento, se consoliden cuando sean nulas de pleno derecho en aras de la equidad, la prevalencia de la cual sobre una norma jurídica únicamente deberá ponderarse en cuanto a la persistencia de los efectos producidos ya por su aplicación, sin que se oponga a que sea expurgada del Ordenamiento a fin de que los siga produciendo una vez que se haya constatado su nulidad radical.

Finalmente, insiste la recurrente en la subsistencia del contenido de la ordenación del Plan Parcial Noroeste de Premiá de Mar en el sector o polígono en que radica su finca, amparándose para ello en dos manifestaciones contenidas en el dictamen del Consejo de Estado y a las que se remitió el mismo al precisar el alcance de la declaración de nulidad de pleno derecho de dicho Plan que reputaba procedente: por una parte, la posibilidad de conservar los contenidos del Plan que fuesen conformes al Plan Comarcal de Ordenación del Maresme y, por otra, el mantenimiento de los actos firmes dictados en aplicación del propio Plan por haberse incorporado de modo definitivo los derechos declarados en ellos al patrimonio jurídico de los interesados. Ambas declaraciones del Consejo de Estado, acerca de las que, como ya dijimos, no se pronunció de forma expresa la Comisión de Urbanismo de Barcelona, aunque se encuentren avaladas por lo respectivamente dispuesto en los artículos 50, 51 y 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 120.1 de la misma Ley, son de todo punto insuficientes para amparar la pretensión de que la declaración de nulidad efectuada por dicha Comisión y presuntamente confirmada por el Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña en alzada sea limitada por la aludida subsistencia. En un aspecto, porque la indicación del Consejo de Estado acerca de la conservación en parte del Plan Parcial, dirigida a la Comisión de Urbanismo como órgano competente para declarar la nulidad y supeditada a su juicio valorativo respecto de lo conservable y no conservable, consecuentemente con su fundamentación, se basaba en la entidad de las contradicciones que pudieran existir entre el Plan Parcial y el Plan Comarcal, al efecto de eliminar integralmente al primero si por ser muchas y notables perdiese coherencia, o conser-

var sus contenidos conformes al Plan Comarcal si una vez eliminadas las contradicciones aún mantuviese eficacia normativa suficiente, y en contra del criterio de la Comisión de Urbanismo de no conservar nada del Plan Parcial, patentizado tácitamente al declarar su nulidad total, la apelante no sólo no ha practicado prueba alguna tendente a demostrar que, al menos, la ordenación por el Plan Parcial del sector en que se encuentra su finca permitía su conservación en cuanto a ella, sino que la misma ha excluido su posibilidad al aceptar su contradicción con la del Plan Comarcal, lo que lo hace imposible. En el otro aspecto, porque una cosa es que de conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 120.1 los actos firmes dictados en aplicación del Plan declarado nulo de pleno derecho deban mantenerse por haber incorporado derechos al patrimonio de los interesados de un modo definitivo, que fue en lo que precisó el Consejo de Estado el alcance de la nulidad radical que dictaminaba, y que si bien la Comisión de Urbanismo no lo recogió en su acuerdo, tampoco lo excluyó, y otra muy distinta el que como consecuencia del obligado mantenimiento de tales actos deba subsistir el Ordenamiento urbanístico nulo de pleno derecho conforme al cual fueron dictados, que es lo que pretende la apelante, siquiera sea sólo respecto de parte del mismo: si tales derechos le fuesen desconocidos, lo que se ignora si ha sucedido, siempre le cabrá la posibilidad de reaccionar frente a las concretas actuaciones en que ello se traduzca, mas sin que en modo alguno su persistencia comporte la del Plan de acuerdo con el cual los adquirió, a la que ningún derecho tenía.» (Sentencia de 24 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3227.)

- B) *Proyecto de urbanización.* Dada su naturaleza jurídica y los efectos que derivan de su ejecución, le es aplicable el régimen de suspensión de licencias previsto en el artículo 27.3 de la Ley del Suelo.

«Por la apelante se motivó su recurso reiterando, sustancialmente, las alegaciones articuladas en el escrito de demanda, que en orden a los principios establecidos sobre interpretación de las normas jurídicas de naturaleza restrictiva de derechos podrían ser aceptadas si en el presente supuesto no existiera identidad entre la motivación y finalidad del artículo 27.3 de la Ley del Suelo: la suspensión de las licencias de parcelación de terrenos y edificación consecuente a la aprobación inicial de un Plan o Programa de Reforma que comporte la modificación de las determinaciones del régimen urbanístico vigente no estando acomodadas aquéllas a las previsiones de la nueva ordenación, artículo 120.1 del Reglamento de Planeamiento, con la suspensión del procedimiento de un Proyecto de Urbanización incompatible con la aprobación de la Reforma del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que afecta al sector comprendido en el Plan Parcial objeto del Polígono "Santa Luisa", alterando la superficie del mismo, en razón de un proyecto sobre el trazado de una vía férrea, que da lugar, por tanto, a una edificabilidad distinta y a la conformación de la urbanizable que no se adecua al Plan Parcial y al polígono aprobado para su ejecución; resultando inequívoco que de aprobarse dicho Proyecto de Urbanización al amparo de la normativa anterior a la aprobación inicial del citado Plan General de Reforma del Ordenamiento Urbano de Madrid de 6 de abril de 1983, las previsiones contenidas en este ordenamiento no serían conformes a las obras autorizadas, haciendo inviable la ejecución del nuevo planeamiento; de lo que se infiere que siendo el Proyecto de Urbanización un proyecto de obras que tiene por finalidad el llevar a la práctica los Planes Generales Municipales en el suelo urbano, los Planes Parciales y, en su caso, las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, detallando las obras a ejecutar de tal forma que puedan ejecutarse por técnico distinto del autor del proyecto, sin que puedan contener determinaciones propias del planeamiento, sin perjuicio de la adaptación que exija

la ejecución material de aquéllas, artículos 15 de la Ley del Suelo y 67 y siguientes de su Reglamento de Planeamiento, comprendiendo esas obras las relativas a la vialidad, abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado público, jardinería u otras análogas que se conforman según la ordenación del terreno, y estando éste, como queda expuesto, afectado por el planeamiento aprobado inicialmente, débese concluir que el otorgamiento del Proyecto de Urbanización fue suspendido conforme con lo dispuesto en el artículo 27.4 de la Ley del Suelo; toda vez que de ser aprobado y objeto de ejecución el Proyecto de Urbanización contravendría las previsiones del nuevo ordenamiento en el caso de ser éste aprobado definitivamente; por lo cual la finalidad y razón de ser del mentado precepto legitima la suspensión acordada por el Acuerdo de 20 de diciembre de 1984, existiendo identidad entre esa motivación referida a las licencias de parcelación y edificación y la que tiene por objeto un proyecto de urbanización que no requiere para su ejecución licencia municipal; ya que de no estimarse susceptibles esos proyectos de suspensión al amparo de las meritadas normas de la Ley del Suelo y de su Reglamento de Planeamiento se produciría una conformación del terreno que condicionaría una parcelación y edificabilidad contrarias a las nuevas determinaciones previstas en la aprobación inicial de la reforma del Plan General de Ordenación Urbana.» (Sentencia de 23 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3960.)

C) Licencias.

1. *Carácter reglado. La ordenación urbanística puede alcanzar a las características estéticas, y para ello puede en su formulación recurrir a conceptos jurídicos indeterminados. Pero no puede utilizar preceptos tan vagos que conviertan la decisión en discrecional.*

«En relación con las llamadas limitaciones estéticas habrá que recordar que la licencia urbanística tiene carácter rigurosamente reglado —art. 178.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo—. Es pues un acto "debido": debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se ajuste o no al ordenamiento jurídico. Ello implica que la ordenación urbanística no debe contener al respecto preceptos tan vagos o vaporosos que subrepticamente introduzcan elementos discrecionales en la decisión sobre la licencia.

Ciertamente, la ordenación urbanística puede alcanzar a las características estéticas —art. 29.1.h) del Reglamento de Planeamiento—, y en este sentido puede resultar imprescindible la utilización de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados: esto es perfectamente lícito, pues, a diferencia de lo que no ocurre en la discrecionalidad que implica una "libertad" para elegir entre soluciones igualmente justas, es decir, indiferentes jurídicamente, los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten "una" única solución justa; cabe distinguir en ellos una zona de certeza negativa y una zona de certeza positiva separadas por otra de incertidumbre. Pero no resulta viable que ya en su formulación se abra un espacio de penumbra tan intenso que implique una "libertad" de la Administración para decidir: con ello desaparece la figura del concepto jurídico indeterminado como elemento reglado para abrir el paso a la discrecionalidad.

En el supuesto litigioso, la recuperación de fachadas alude a que éstas tengan "suficiente entidad": la expresión no aclara los criterios a tener en cuenta y su vaguedad puede generar de hecho una disminución de garantías.

Proceda, por tanto, la anulación de la regla —parece que figura en la página 107, sin que la Sala pueda precisar más dada la escasez de elementos disponibles— sin perjuicio de que en una nueva redacción se introduzcan elementos que permitan conocer los criterios a tener en cuenta para decidir respecto de la "entidad" de las fachadas y, naturalmente, sin perjuicio tam-

bién de la posibilidad de recurrir al planeamiento especial.» (Sentencia de 17 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4730.)

2. *Impugnación: medidas cautelares. El artículo 221 de la Ley del Suelo no faculta a los Tribunales contencioso-administrativos a acordar y disponer la anotación preventiva en el Registro Hipotecario de los recursos interpuestos para obtener la anulación de una licencia.*

«En el caso, el demandante pidió que se decretase la anotación preventiva en el Registro Inmobiliario de la interposición del presente recurso jurisdiccional al amparo de los artículos 42 de la Ley Hipotecaria y 139 de su Reglamento, para el general conocimiento de la pendencia del recurso en el cual se pretende la anulación de la licencia municipal de construcción de un edificio de 18 viviendas, bajos y sótanos, en el Pasco de la Virgen, del pueblo de Medina de Pomar (Burgos). El instante de la anotación alega que los futuros compradores de viviendas y locales comerciales deben conocer desde el primer momento la existencia de este recurso para evitarles perjuicios innecesarios en un futuro por no haber sido parte esos potenciales adquirentes en el otorgamiento de la licencia —que se reputa ilegal— objeto del recurso; y el auto recurrido señala que al amparo del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria en relación con el 221 de la del Suelo, es procedente el acceso al Registro de la Propiedad por vía de anotación preventiva, del presente recurso contencioso-administrativo.

Esta Sala no puede compartir esta doctrina, pues el artículo 221 de la Ley del Suelo no faculta a los Tribunales contencioso-administrativos, en supuestos como el presente, a acordar y disponer la anotación preventiva en el Registro Hipotecario de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan para pedir la anulación de licencias de obras, sino que lo que aquel precepto autoriza, a instancia de la Comisión Provincial de Urbanismo e incluso por la autoridad directa de las Corporaciones Locales, es la anotación o inscripción en el Registro Inmobiliario de los actos administrativos que se produjeren en el ejercicio de las funciones reguladas en la indicada Ley del Suelo, según ha dicho este Tribunal en Sentencias de 27 de febrero de 1980, 7 de febrero de 1984 y 26 de abril de 1985; pero lo que aquel precepto no permite es que el Tribunal de la Jurisdicción ordene anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad de tales demandas, pues el apartado 10.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria en el que la Audiencia se funda impone como requisito para que pueda despacharse la anotación que quien la pidiera tuviera derecho a exigirla conforme a lo dispuesto en alguna Ley; y el expresado artículo 221 de la del Suelo no faculta a los particulares a exigir a la Administración, ni a los Tribunales, ni al Registro de la Propiedad la práctica de anotaciones preventivas, por lo que el Tribunal "a quo" no pudo ni debió decretarla a instancia del demandante, y tal medida debe revocarse; lo cual ya deja sin soporte la discusión de la cuantía de la fianza que había dado inmediato motivo a la apelación, pues no cabe exigir fianza alguna para decretar una anotación preventiva que no puede despacharse, ya que no cabe librar mandamientos judiciales de anotaciones preventivas cuando las mismas no vienen autorizadas expresamente por alguna Ley, según conocida doctrina de la Dirección General de los Registros de la que ya son ejemplo sus antiguas Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960.» (Auto de 23 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3958.)

XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- A) *Carácter revisor. Si se declaró inadmisibile el recurso de reposición de forma incorrecta, no es preciso ordenar que se retrotraigan las actuaciones a este momento. El Tribunal puede entrar a fallar sobre el fondo, sin que ello suponga violar el carácter revisor de la justicia administrativa, pues existió un acto previo.*

«Lo dicho implica que el acto administrativo impugnado, la Orden Ministerial de 26 de enero de 1984, rechazó equivocadamente tal recurso de reposición, por razones formales y sin entrar a conocer de la reclamación en su aspecto sustantivo. Ahora bien, la Administración tuvo la oportunidad de hacerlo, oportunidad que desaprovechó. Por lo tanto, carece de sentido la retroacción de las actuaciones, que demoraría indefinidamente la resolución del conflicto, vulnerando el derecho de los ciudadanos a un proceso sin dilaciones indebidas y, en suma, a la efectiva tutela judicial. Estos derechos aparecen consagrados en el Tratado de Roma y recogidos en el artículo 24 de la Constitución, con un respaldo jurisprudencial explícito del Tribunal de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, cuya jurisdicción se extiende al Reino de España.

Desde otra perspectiva, estos criterios encajan perfectamente en nuestro sistema de justicia administrativa, donde se inició hace ya un cuarto de siglo una interpretación funcional y espiritualista de los requisitos formales, soslayándolos en la medida en que sólo fueran obstáculo, y no garantía, para el enjuiciamiento de los conflictos sustantivos. En tal sentido, el talante *revisor* que se predica de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa comporta exclusivamente la existencia de un *acto administrativo previo*, expreso o presunto, y nada más. Una vez que tal acto se ha producido, cualesquiera que fueren sus pronunciamientos (sobre el fondo o interlocutorios), los Jueces tienen vía libre y jurisdicción plena para juzgar todas las cuestiones planteadas. El contenido del acto objeto de impugnación no puede condicionar el ámbito de la potestad judicial, porque entonces quedaría en manos de la Administración la posibilidad de limitar, obstaculizar o demorar el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control le encomienda precisamente el artículo 106 de la Constitución.

En definitiva, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, una vez comprobado que el recurso de reposición estaba interpuesto dentro de plazo, debió afrontar la cuestión principal, consistente en saber si la sociedad interesada tenía derecho, o no, a determinados beneficios tributarios en relación con los impuestos sobre la importación de mercancías y de compensación de gravámenes interiores, por la entrada de bienes de equipo. No haberlo hecho así quebranta el esquema diseñado más arriba, no sólo en el aspecto ya aludido, sino también porque suprime la doble instancia existente, hasta la entrada en vigor de la Ley de Planta, en este orden jurisdiccional, como garantía de objetividad y acierto, e impide que esta Sala pase al enjuiciamiento de la controversia planteada ya en tres niveles inferiores e intocada en dos de ellos.» (*Sentencia de 12 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4623.*)

B) *Competencia.*

Se recuerda la doctrina jurisprudencial que afirma la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a las reclamaciones en materia de concursos contractuales convocados por el Ente Público RTVE.

«PRIMERO.—En la cuestión sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa o civil, para conocer de las reclamaciones o impugnaciones de los concursos convocados por el Ente Público RTVE y resolución de los mismos, se viene pronunciando este Tribunal Supremo últimamente, en el sentido de que esa competencia corresponde a esta jurisdicción contencioso-administrativa, al ser tal Ente Público un Organismo de la Administración del Estado, con la gestión de un servicio público, por lo que su actuación se encuentra en el ámbito del Derecho Administrativo, que regula las condiciones del concurso y adjudicación, no a la interpretación de los contratos una vez perfeccionados; por lo que ha de seguirse una doctrina unitaria y acorde en todas las actuaciones procesales sobre estos términos, y, por tanto, estimar el recurso de apelación, y declarar la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, para el conocimiento del recurso, y revocar el auto apelado que entendió era competente la jurisdicción civil.» (*Auto de 4 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 2807.*)

C) *Legitimación.*

1. *Legitimación por interés en materia de medio ambiente.*

Vid. I. FUENTES. A) *Constitución.* (*Sentencia de 22 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3233.*)

2. *Legitimación pasiva. Administración de que proviene el acto o disposición a que se refiere el recurso. Aplicando este precepto, será Administración demandada la del Estado, que dictó el Acto, pese a haberse transferido la competencia en la materia a la Comunidad Autónoma del País Vasco.*

«El señor Letrado del Estado alega en su contestación a la demanda falta de legitimación pasiva de la Administración del Estado para con base en el argumento de que, habiendo sido transferidas en su día al Consejo General del País Vasco las competencias reguladas en la Ley de 30 de diciembre de 1975 —que creó el Consorcio de Transportes de Vizcaya—, la reclamación del Consorcio debió haberse dirigido a la Comunidad Autónoma del País Vasco, y no a la Administración Central del Estado. Sin embargo, este argumento no puede ser admitido, porque, según el artículo 29.1.a) de la Ley Jurisdiccional, tendrá la consideración de parte demandada "la Administración de que proviniere el acto o disposición a que se refiere el recurso", y, en el presente caso, los actos recurridos (uno expreso, y otros presuntos) proceden de la Administración del Estado, de manera que está formalmente legitimada para soportar el proceso. Otra cosa será que dicha Administración haya de pagar o no lo que se le reclama, pero eso no es ya un presupuesto procesal —que es en lo que consiste la legitimación—, sino que constituye cabalmente

la cuestión de fondo, y será causa de estimación o desestimación del recurso.» (Sentencia de 22 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 4056.)

- D) *Prueba. La regla general según la cual cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor debe ser matizada con el «Criterio de la facilidad». Debe probar aquella parte para la que resulta más fácil la acreditación de los hechos.*

«Acreditado en el supuesto litigioso que el suelo cuya clasificación se discute cuenta con los servicios del artículo 78.a) del Texto Refundido, queda por concretar si aquéllos tienen o no las características adecuadas para servir a la edificación existente o que se haya de construir —art. 21.a) del Reglamento de Plancamiento—.

Y ya en este punto será de recordar que la teoría general de la carga de la prueba elaborada con el punto de partida que proporciona el artículo 1214 del Código Civil puede resumirse indicando que *cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Pero esta regla general ha de ser matizada, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, con el criterio de la facilidad: existen datos cuya prueba resulta fácil para una parte y difícil para la otra.*

En esta línea ha de indicarse que para el Municipio apelado resulta mucho más fácil que para el demandante el acreditamiento de las concretas características de los servicios del suelo discutido y la valoración de su suficiencia, dados los servicios técnicos con que ha de contar. Eran, pues, los entes públicos demandados los que soportaban la carga de la prueba de la insuficiencia de los servicios existentes. Y así las cosas, será de subrayar:

A) No resulta en modo alguno presumible tal insuficiencia cuando el propio Ayuntamiento señala —fundamento de derecho III de su escrito de contestación a la demanda— que los terrenos litigiosos “se encuentran rodeados de naves industriales”.

B) Incomprensiblemente, el Ayuntamiento se refiere en esta apelación a los 20 milímetros de diámetro de la conducción de agua que se consignan en la póliza de 1969 y sobre esta base desarrolla su argumentación, olvidando que, según la comunicación municipal aportada a los autos en fase probatoria, tal abastecimiento tiene un diámetro interior de 200 mm.

C) Ninguna prueba se ha practicado por los demandados, que sin duda cuentan con competentes técnicos a su servicio, para acreditar que las características de los servicios puedan resultar insuficientes.» (Sentencia de 17 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4731.)

E) *Sentencia.*

1. *En sentencia de revisión, el Tribunal Supremo reitera la doctrina de que la falta de pronunciamiento expreso en una sentencia respecto a una causa de inadmisibilidad aducida por una parte constituye un caso de incongruencia que es revisable en el recurso de revisión.*

«PRIMERO.—Como ya ha dicho la Sala Especial en sus Sentencias de 15 de abril y 19 de junio de 1987, el último de los motivos que pueden servir de fundamento al recurso extraordinario de revisión y que quizá en un planteamiento lógico debería ser el primero, da por existente una cualidad de la

sentencia cuya imagen ideal expone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, utilizable con carácter supletorio en lo contencioso-administrativo. Se trata de la congruencia, único de los tres requisitos que se cumple como regla y que en caso de incumplimiento conlleva efectos jurídicos perfectamente instrumentados, y, entre ellos, la eventual rescisión de la decisión judicial afectada, al amparo del artículo 102, apartado g), de la Ley Reguladora del Orden Jurisdiccional, en el que ahora nos encontramos. La discrepancia entre las descripciones contenidas en las normas reseñadas más arriba es más aparente que real, si se observa que aquélla maneja como términos de referencia "las demandas... y las demás pretensiones", en el lenguaje de su época —1891—, mientras la otra delimita el ámbito del enjuiciamiento en función de las "pretensiones de las partes y de las expresiones simétricamente equivalentes a las anteriores". En definitiva, la congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al juez, incluida la razón de ser de esa petición. Por ello, su comprobación implica el análisis comparativo lo solicitado en los escritos donde se formaliza la demanda y se formula de la contestación, con la parte dispositiva de la sentencia.

SEGUNDO.—La incongruencia o desajuste entre el planteamiento y la solución puede producirse por exceso o por defecto. En el presente caso se alega la última, ya que el Abogado del Estado, en el escrito de contestación a la demanda, aduce la falta de legitimación del Agente de Aduanas para ostentar por sí la representación del sujeto pasivo del tributo en el proceso contencioso-administrativo, con una más que suficiente argumentación y al final pide, en consecuencia, la inadmisibilidad de las pretensiones ejercitadas o subsidiariamente su desestimación. En cambio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao no contempla en lugar alguno de la sentencia impugnada esta cuestión, ni la alude en los antecedentes, tampoco la estudia en los razonamientos jurídicos ni menos aún la incluye en la parte dispositiva. En definitiva, ni reflexiona sobre ese tema, importante para este pleito y con trascendencia para otros, ni lo decide. Este silencio impide admitir la tesis, quizá atendible en otro planteamiento, de que la estimación expresa de lo pedido por la empresa demandante, objeto procesal inmediato, significa la desestimación implícita de la causa de inadmisibilidad esgrimida como excepción. La comparación entre las alegaciones de la Administración general y su fundamento con los pronunciamientos contenidos en el fallo judicial y su *ratio decidendi* pone de manifiesto el desenfoque de unos y otros, que origina un vacío ostensible respecto de un aspecto de la controversia digno de ser tenido en cuenta como presupuesto subjetivo del problema sustantivo. Este ha sido nuestro criterio en un caso idéntico, resuelto en la Sentencia de 12 de diciembre de 1988.» (*Sentencia de 11 de marzo de 1989, Sala Especial Revisión.*)

2. Ejecución de sentencias.

Vid. VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. *Intereses por demora.* (Auto de 12 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2840.)

F) Recursos.

1. Recurso de revisión.

En virtud del principio «favor actionis», reflejado en el artículo 24 de la Constitución y 7 de la LOPJ, se considera legitimado para interponer recurso de revisión a quien no fue parte en el proceso originario, por falta de emplazamiento.

«Se pretende la revisión de una sentencia firme que estimó, en parte, un recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal Económico Adminis-

trativo Provincial de Granada que había confirmado una liquidación por tasas de paso de vehículos y reserva de espacios (girada por el Ayuntamiento de Granada a la Compañía Telefónica Nacional de España), y anuló la resolución y la liquidación aludidas; la pretende la Corporación Municipal de Granada, que anticipándose a la contraalegación de que no fue parte en el recurso mencionado, alega que no fue emplazada personalmente para hacerlo.

En los autos del recurso no consta si lo fue o no, aunque sí que la Sala, al ordenar que se reclamase del Tribunal Económico Administrativo Provincial el envío del expediente, interesó de aquél "que previamente a la remisión del expediente que se reclama, se notifique a los posibles interesados en el mismo, y que sean parte en el expediente, la interposición ante esta Sala del recurso... por si conviniere a su derecho personarse en autos", y ordenó, asimismo, publicar en el Boletín Oficial de la Provincia la interposición del recurso.

Aunque es muy probable que la Corporación hoy recurrente tuviera conocimiento de haberse interpuesto el recurso de que se trata, y que, pese a ello, optase voluntariamente por no personarse en él, dado que el Tribunal Económico Administrativo Provincial defendía intereses convergentes con los de la Corporación, esta Sala, extremando el principio *favor actionis* que consagran los artículos 24 de la Constitución y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no acuerda la inadmisión de la revisión por haber sido interpuesta por quien no fue parte en el recurso originario, y considera legitimada a la Corporación municipal no emplazada personalmente en él.» (*Sentencia de 7 de abril de 1989, Sala Especial Revisión, Ar. 3327.*)

2. Recurso en interés de Ley. Dado su carácter extraordinario, debe entenderse subsistente la exclusividad de legitimación a favor del Abogado del Estado.

«Ante la concurrencia de los dos primeros requisitos exigidos por el artículo 101 de la Ley Jurisdiccional, pertinente es determinar si se da, por seguir vigente, la exigencia de que el recurso extraordinario de apelación en favor de la Ley sólo puede ser promovido por el Abogado del Estado, y, a este respecto, *preciso es tener en cuenta el carácter extraordinario, y por consecuencia limitado, del recurso y su específica finalidad, lo que hace no sea de aplicación al caso la preceptiva establecida en el artículo 24 de la Constitución, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ella no se halla constitucionalmente establecida con fines de hermenéutica legal, que es la única finalidad del citado recurso extraordinario en favor de la Ley, sino para garantizar la efectividad de derechos concretos pertenecientes a las personas; ello hace sobre todo su contenido la Ley de 5 de octubre de 1981 sobre legitimación de las Comunidades Autónomas, cuando, al guardar silencio sobre este recurso, deja sea aplicable la legislación general existente, de donde se deduce que, por la finalidad señalada para el recurso, sigue subsistente la exclusividad de legitimación a favor del Abogado del Estado, no estándolo, en consecuencia, la Generalidad de Cataluña; ello determina la falta de uno de los requisitos de obligada y simultánea concurrencia y, por ende, la pertinencia de declarar la inadmisibilidad de este recurso extraordinario.*» (*Auto de 16 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3716.*)

XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A) Alcance.

La responsabilidad patrimonial de la Administración no es incompatible con las responsabilidades garantizadas por ordenamientos sectoriales específicos. Así, se declara compatible aquélla con las pensiones extraordinarias recibidas por los padres de un soldado fallecido en acto de servicio.

«Según se deduce de los antecedentes expuestos, la cuestión a decidir consiste en determinar la procedencia, o no, de la indemnización solicitada por los padres del soldado fallecido, en razón de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, y más concretamente, la posibilidad de compatibilizar esa indemnización con la pensión extraordinaria y demás indemnizaciones complementarias fijadas en favor de los reclamantes, por haberse producido la muerte en acto de servicio.

Para dilucidar ese problema hay que partir de que el supuesto de hecho a que se refiere es encuadrable en el ámbito de aplicación del artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues la muerte de José Antonio, producida mientras desarrollaba la función de Guardia como soldado-voluntario, ocasionada por un disparo de un arma de funcionamiento defectuoso, portada por otro soldado también en servicio, que la propia Administración Militar calificó como un acto de servicio, es imputable al funcionamiento de los servicios públicos; sin que ofrezca duda que se ha provocado un perjuicio individualizado en los padres, junto a los que aquél convivía, privándoles del afecto consiguiente a su condición de hijo, y de la previsible ayuda para poder llevar adelante la familia, perjuicio que, aunque de orden preponderantemente moral, no por ello debía quedar sin reparación, en aplicación del precepto citado regulador de la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado, que, según interpretación jurisprudencial constante, ha de tender a proporcionar una compensación integral del daño producido. Sin que este Tribunal comparta la solución a que llegó la Administración, denegando la indemnización solicitada, en razón de que ya había existido una específica compensación a través del señalamiento de la pensión extraordinaria e indemnizaciones complementarias, dado que son diferentes los títulos que fundan las respectivas indemnizaciones, pues la pensión se reconoce en consideración a la prestación del servicio y en favor de los familiares determinados por la ley, bastando con que se demuestre que, para ser extraordinaria, el fallecimiento se produjo en acto de servicio, y que se tiene la calidad familiar para reclamar, en los términos y grados fijados por las leyes reguladoras de la pensión, mientras que la indemnización por responsabilidad patrimonial y objetiva del Estado exige la demostración de que concurren los requisitos del artículo 40 de la LRJAE, es decir, la existencia del perjuicio individualizado, la evaluabilidad del mismo, y la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio, pudiendo ser excluida cuando exista una causa de justificación legal; de modo que aunque en este caso de autos las personas perjudicadas coincidan con los beneficiarios de la pensión, ello puede no ocurrir. Por lo que como ha de reiterarse que el principio que domina la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, consagrado, además de en el precepto citado, en el artículo 106 de la Constitución, es el de procurar al perjudicado la compensación integral del daño sufrido, y en el supuesto enjuiciado es claro que el perjuicio que produjo en su círculo familiar la muerte del soldado Juan Antonio R. no pudo quedar totalmente cubierto por la pensión extraordinaria de poco más de 11.000 pesetas mensuales, y las exiguas 110.000 pesetas fijadas como indemnización, y no se ve razón para

que no se puedan compatibilizar dichos beneficios con los procedentes de la reparación por responsabilidad patrimonial y objetiva del Estado, y puesto que parece adecuada e incluso moderada la indemnización de tres millones de pesetas, que por este último concepto solicitan los padres, vista la edad del hijo, esperanza lógica de vida, normal afecto y existencia de otros hermanos a cargo de los padres, ha de concluirse con que se estima procedente la pretensión del recurrente, debiendo dictarse sentencia anulatoria del acto impugnado, reconociendo el derecho del actor a la reclamación que suscitó.» (Sentencia de 5 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2816.)

B) Imputación.

1. Alcance del concepto «servicio público» e imputación. Se declara la responsabilidad del Estado por la mala gestión de un vicecónsul honorario en el cobro de unas cantidades adeudadas a una empresa española.

«Se sigue de ello que el problema que en esta ocasión se suscita radica en concretar lo que, a tales efectos, quepa entender por servicio público y por su funcionamiento, y, en trancé tal, ante cualquier supuesto dudoso o tan excepcional como el que es objeto del proceso, dado ese designio de las normas, hay que decidir atribuyendo a expresados conceptos el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, a fin de que el acto u omisión, determinante del perjuicio, que dimana de un Organó de la Administración pueda incardinarse en el primero de dichos conceptos, con tal de que sea inherente al natural quehacer de aquél y tenga un destinatario plural o individualizado llamado a servirse de él, lo que supone identificar al servicio público con toda actuación, gestión, actividad o tarea propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo, y ello porque de lo que la normativa invocada por la actora se preocupa es de que en todo caso el perjudicado quede indemne ante cualquier acto u omisión de los poderes públicos que puedan serle lesivos.

Peró es que, por ese carácter directo y objetivo de la responsabilidad, y porque su fundamento no es otro que el de que el Estado afronte los riesgos del ejercicio de sus potestades y de su actuación, nada importa que quien personalmente las ejercita o actúa sea un funcionario público, simple empleado—eventual, contratado o de plantilla— o, incluso, un particular ocasionalmente encargado de que el servicio público funcione, dando lo mismo que el funcionamiento sea normal o anormal y que el concreto agente se comporte adecuada o improcedentemente, porque esa objetivación del deber de responder—según declara reiteradamente este Alto Tribunal— conlleva a que su determinación se ha de hacer con absoluta independencia de todo juicio de intencionalidad de aquél.

De todo esto deriva la irrelevancia de que en la presente ocasión se debata sobre si la actuación de un Vicecónsul afecto a la representación diplomática de España en el extranjero se irradia de ese concepto "servicio público" por el hecho de que aquél sea honorario, después de que consta probado y hasta reconocido por la Administración demandada que la Sociedad actora se dirigió a la Embajada española a fin de que ésta gestionara el pago del precio de determinado artículo exportado al país donde la misma ejercía sus funciones, entre las que evidentemente se incluyen las de protección y defensa de los intereses de los connacionales—y, aparte lo establecido por la legislación aplicable, lo prueban, además, las comunicaciones cruzadas y la circunstancia de que, de entender la Embajada que ese cometido no le incumbía, no lo habría asumido—, y que, precisamente para lograrlo, encomendó las pertinentes gestiones a una Vicecónsul que así quedaba erigida en auténtico pres-

tador del servicio público, conforme a las normas por las que tales personas se rigen, pues, aun cuando no son funcionarios públicos, son auxiliares de los Cónsules de carrera, de los que dependen, con la misión de amparar los intereses españoles, obrando siempre de acuerdo con las instrucciones que de sus Jefes reciban, según los artículos 1 y 2 del Reglamento de 6 de mayo de 1929, cuyo carácter se reitera por los 6 y 14 del de 25 de abril de 1984, fruto éste de la adhesión de España al Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, al referirse también a la asistencia y protección consular debidas a los nacionales españoles.» (Sentencia de 5 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4338.)

2. Por actuación del concesionario. Tras un detenido análisis sobre la posición del concesionario y el sentido del artículo 121 LEF y 40 de la LRJAE, se afirma que la Administración no queda exenta de responsabilidad, si bien puede repetir sobre el concesionario. El fin esencial de la norma es la protección del patrimonio del administrado.

«Establecido, en lo que antecede, el grupo normativo regulador y la perspectiva desde la que debe abordarse su interpretación, resulta ahora necesario valorar la expresión "a cargo del concesionario" que emplea el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que obliga a tratar previamente de la posición del concesionario de un servicio público.

Al respecto, puede ser de utilidad partir de la distinción, que subyace en ese precepto, de dos —o mejor, de tres— tipos de actividad del concesionario de servicio público:

a) *Hay una actividad que se le impone al concesionario, que éste ha de cumplir necesariamente sin que le quede otra opción, por lo que puede llamarsele actividad vinculada, y que puede definirse adoptando la vacilante terminología de los artículos 121.2 y concordantes, como aquella actuación que realiza el concesionario como ejecutor de cláusulas o medidas impuestas o de órdenes dictadas por la Administración concedente.*

b) *Hay otra actividad del concesionario como tal en la que se mueve sin otras limitaciones que las que resultan de cumplir el contrato en que la concesión consiste, teniendo libertad de acción, valorando él mismo las distintas opciones. A este tipo de actividad se le puede llamar no vinculada, y constituye el volumen más amplio de la actividad del concesionario.*

A los efectos de la cuestión debatida en este proceso sólo debemos referirnos a este tipo de actividad que hemos llamado no vinculada, en la cual es posible distinguir dos facetas: por un lado, la actividad de concesionario en el ejercicio de ciertas funciones no propiamente concesionales que pueden haberle sido delegadas por la Administración; por otro lado, la actividad que realiza en el giro o tráfico normal de su empresa.

Y, en efecto, tenemos, por lo pronto, que el artículo 126 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales admite la posibilidad de una delegación de funciones administrativas al concesionario, en su sentido estricto y propio de transferencia del ejercicio de aquéllas y no de su titularidad. Y así, mientras en el párrafo primero declara que la Administración concedente conserva la titularidad, afirma en el párrafo 3: "Los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley."

A la vista de la letra de este precepto y de la misma técnica que utiliza (reposición en vez dealzada), resulta indudable que *el concesionario podrá ser un delegado de la Administración, en el sentido estricto y técnico de vocablo, esto es, un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración.* Tales serían, por ejemplo:

a) La utilización de la vía de apremio para percibir las prestaciones económi-

cas de los usuarios derivadas de la concesión cuando se le dé la posibilidad al concesionario de nombrar, previa aprobación de la Administración, Agentes ejecutivos particulares (art. 130 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). b) El ejercicio de facultades de policía, sin perjuicio de los poderes generales de inspección y vigilancia que incumban a la Administración (arg. art. 203 Reglamento de la Ley de Contratos del Estado).

Es evidente que en estos supuestos concretos previstos en nuestra legislación, el concesionario actúa funciones o poderes públicos con arreglo a procedimiento de Derecho público. De manera que el concesionario en estos casos no ya sólo actúa por la Administración, sino que es la Administración.

Pero hay que añadir que no sólo en estos supuestos tiene el concesionario condición de delegado, esto es, de ejecutor de unas competencias de titularidad administrativa. Porque lo cierto es que también cuando actúa dentro del giro o tráfico normal de su empresa actúa como un verdadero y propio delegado.

Al respecto debe recordarse que en el supuesto de la concesión de un servicio público, y en general en la gestión de los servicios públicos mediante contrato, la Administración ha asumido previamente la actividad de que se trata, por considerarla indispensable para la vida de la sociedad. Se ha producido lo que la doctrina ha llamado "publicatio" de dicha actividad, y que no supone otra cosa que la conversión de tal actividad en competencia administrativa.

Así, con toda claridad, en el artículo 197 del Reglamento de Contratos del Estado: "Antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público deberá hallarse promulgado el régimen jurídico básico del mismo que atribuya las competencias administrativas... y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo."

En segundo lugar, hay que tener presente que la Administración concedente no pierde la titularidad por el hecho de conceder el servicio. Dicha titularidad la conserva la Administración.

Así también, con toda claridad, en el artículo 26 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: "En la ordenación jurídica de la concesión se tendrá como principio básico que el servicio concedido seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público de la Corporación local a cuya competencia estuviere atribuido." Nótese que dice en todo momento, esto es, mientras dure la concesión y cualquiera que sea el tipo de relaciones —públicas o privadas— a que dé lugar en su desenvolvimiento.

Y porque mantiene su titularidad la Administración, le alcanza la responsabilidad por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entra en relaciones de derecho privado. La Administración es gestora como agente y responsable necesaria de los intereses colectivos prevalentes. En el supuesto estudiado, esta afirmación se nos revela certera: la Administración no gestiona, esto lo hace el concesionario, pero la Administración no queda al margen de aquella actuación, sino que sigue siendo responsable de esta situación de riesgo que ha creado, sin perjuicio, claro está, de repetir contra el concesionario, cuando corresponda.

Por ello cabe decir —según ha quedado anticipado— que el concesionario es en todo caso —y no sólo cuando actúa poderes públicos extraconcesionales cuyo ejercicio específicamente se le haya transferido (policía, recaudación, etcétera)— un delegado de la Administración.

Estamos ya en condiciones de aclarar el sentido que debe darse a esa enigmática expresión —"correrá la indemnización a cargo del concesionario"— que emplea el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa. Porque a la vista de lo que ha quedado expuesto en el fundamento precedente acerca de la naturaleza del concesionario, hay que rechazar cualquier interpretación que pretendiera que la Administración queda siempre libre de responsabilidad por los daños causados a tercero en virtud de esa actividad del concesionario que se ha calificado de no vinculada.

En efecto, si la gestión de servicios públicos mediante contrato exige la previa atribución de las competencias administrativas, y la Administración conserva la titularidad en todo momento, resultará que, con independencia de la delegación de otras posibles competencias, esto es una transferencia del ejercicio de la competencia cuya gestión se encomienda a esa persona —natural o técnica, según el caso— que es el concesionario.

Y si esto es así, los actos del delegado se considerarán como dictados por la autoridad que haya conferido la delegación (art. 32.2 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), es decir, por la Administración concedente, por lo que resulta explicable que ésta no pueda quedar exenta de responsabilidad por la actuación del concesionario como tal, aunque sea en relaciones de derecho privado.

Que todo esto es como decimos se confirma por la simple lectura del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico: "Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios."

Pues bien, lo que el artículo 41 nos dice es lo siguiente: a) *Que la actuación de esos agentes —no obstante producirse en relaciones de derecho privado— se considera como actuación propia de la Administración.* b) *Que de los daños y perjuicios que origine tal actuación de derecho privado responderá directamente la Administración.*

Y si esto es así, la aplicación del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico y del artículo 106 de la Constitución, que obliga a la Administración a responder de los daños causados a los particulares por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, resulta ineludible. Todo ello sin perjuicio de repetir contra el concesionario, ya que la indemnización en este caso es de cargo del mismo, según dice el artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y sus concordantes.

Confirma también lo que decimos el artículo 19 de la Ley de Autopistas: "Las indemnizaciones que proceden en los supuestos de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa serán de cuenta del concesionario cuando los daños a que dichos preceptos se refieren sean consecuencia de la ejecución del proyecto o de la explotación del servicio concedido..."

La referencia que esta Ley hace a esos preceptos está probando: a) *Que la Administración responde directamente (arg. art. 40.1 Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y art. 54 de la Ley Básica Estatal de Régimen Local).* b) *Que, no obstante, y puesto que la indemnización es de cargo del concesionario, la Administración podrá repetir contra éste.* (A esta misma consecuencia podría llegarse invocando el artículo 42 de la repetida Ley de Régimen Jurídico, que habla no sólo de autoridades y funcionarios, sino también de los agentes, al igual que el nuevo artículo 54 de la Ley Básica de Régimen Local.)

Y esto es así también cuando el concesionario actúa dentro del giro o tráfico normal de su empresa.

En definitiva: *tanto desde un punto de vista teórico como desde el punto de vista del derecho positivo, la Administración no puede de ninguna manera desentenderse de los daños que cause la actuación del concesionario, daños de los que, en principio, responde directamente.*» (Sentencia de 9 de mayo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4487.)

C) *Daños psíquicos y morales.*

Reconocido a un militar el derecho a ser indemnizado por haber contraído una neumonía por «Legionella pneumophila» en un cuartel, se incluye en el concepto de los daños el de carácter psíquico o moral producido por el temor a la muerte, que no ocurrió en este caso; pero era notorio que dicha enfermedad había provocado varios fallecimientos en el mismo cuartel.

«Está acreditado en las actuaciones que el capitán don Francisco L. P., del Cuerpo de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, domiciliado en Madrid y destinado en el Grupo Logístico de Transmisiones de Getafe, fue nombrado en comisión de servicios, el día 13 de enero de 1981, para la realización de un viaje de inspección al nudo de microondas de la Muela (Zaragoza), con el fin de revisar el montaje de una central telefónica del sistema de microondas del Ejército del Aire. No encontrando alojamiento dicho capitán en ninguno de los dos Pabellones de Oficiales del Ejército del Aire existentes en la Base Aérea de esa ciudad, solicitó alojamiento en la Residencia Militar de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra, denominada Castillejos, de esa localidad, permaneciendo hospedado en la misma durante los días 15 al 18 de enero de 1984, regresando a Madrid el siguiente 19, una vez terminados los trabajos específicos de la comisión encomendada. Incorporado a su destino y reanudados sus normales cometidos, el día 22 empezó a notar los síntomas de una enfermedad que determinó su ingreso en un Hospital Militar, donde se le diagnosticó una neumonía por *Legionella pneumophila*, de pronóstico menos grave, permaneciendo internado hasta su alta médica cuarenta días, sin que hubieran quedado secuelas de la misma. Está asimismo probado que la Residencia Militar Castillejos estuvo cerrada previamente durante una larga temporada, por haberse producido entre los internados en ella numerosos casos de enfermedad como la descrita, que incluso habían llegado a provocar la muerte de varios de los afectados.

Es criterio jurisprudencial constante que siendo principio capital en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el funcionamiento de sus servicios, el de indemnidad o reparación integral, que supone la cobertura de todos los daños sufridos, deben entenderse comprendidos, según declara la Sentencia de este Tribunal de 2 de febrero de 1980, además de los patrimoniales de significación material, los derivados del dolor psicofísico que la lesión comporte, expresamente reclamados en este caso por el actor desde el inicio, y obviamente existentes dada la constancia de la enfermedad, su diagnóstico y duración, y el hecho relevante de que era notorio que ese mismo mal había ocasionado varias muertes, con el consiguiente temor en quien lo estaba sufriendo y conocía tal hecho. Por lo que debe acogerse la pretensión del actor en ese extremo. Si bien la naturaleza de esos daños morales, que escapa de toda objetivación, determina que su cuantificación haya de moverse en el plano de la equidad y de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, que son las descritas del diagnóstico de enfermedad, duración y constancia de sus posibles mortales consecuencias, con el consiguiente temor, que llevan a este Tribunal a estimar que pueden ser compensadas con los beneficios derivados de la percepción de la cantidad de 200.000 pesetas, que resulta a razón de 5.000 pesetas por día de duración de la enfermedad.» (Sentencia de 4 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2808.)

D) *Por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.*

La eficacia directa del artículo 121 de la Constitución obliga a aplicar la normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de esta última pero posteriores a la Constitución.

«PRIMERO.—Se ha impugnado en estos autos la resolución ministerial que denegaba la petición del hoy actor dirigida a obtener la indemnización de los perjuicios derivados de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Y sobre esta base, dado que el artículo 121 de la Constitución establece el derecho a una indemnización a cargo del Estado por los daños causados por error judicial o que sean consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la fecha de los acontecimientos litigiosos —1983— plantea como primera cuestión la de la viabilidad de reclamaciones indemnizatorias derivadas de hechos ocurridos con posterioridad a la publicación de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.º de julio de 1985.

SEGUNDO.—Ciertamente, existe una línea jurisprudencial —así, Sentencias de 5 de febrero de 1986, 10 de marzo de 1987, 15 de junio y 21 de septiembre de 1988— que entiende inaplicable la normativa establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor aunque fueran posteriores a la Constitución.

Pero una nueva reflexión sobre el tema —*el principio de unidad de doctrina no puede conducir a una petrificación de la jurisprudencia*— debe conducir a solución diferente:

A) El ordenamiento jurídico se integra ante todo por unos principios que son la atmósfera en que vivimos jurídicamente, el aire que respiran las normas: éstas son una manifestación o exteriorización de las consecuencias detalladas que derivan de los principios que al informar la totalidad del ordenamiento jurídico —art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— han de inspirar siempre la interpretación de las normas.

Uno de dichos principios, recogido expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución, es precisamente el de la responsabilidad de los poderes públicos: es claro, pues, que al buscar el sentido de las normas habrá que aspirar a la efectividad de dicho principio.

A la misma conclusión se llegaría partiendo del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico que reiteradamente proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo ha recibido expresión en nuestro Derecho positivo mediante el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B) *La naturaleza normativa y no meramente programática de la Constitución reclama una interpretación de sus preceptos que aspire a lograr el máximo reconocimiento de su fuerza vinculante.*

Piénsese que el problema aquí discutido —derecho a una indemnización derivada de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia— está íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, cuya directa aplicabilidad nadie discute y que exige que toda norma sea interpretada en el sentido más favorable a su efectividad. El artículo 121 de la Constitución puede considerarse como la faz negativa de su artículo 24 y en tal sentido debe tener su misma eficacia directa: el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia implican vicios en la tutela judicial efectiva, y si el derecho a esta tutela

es de directa aplicación, también debe serlo el derecho a una indemnización derivado de la vulneración de esta tutela.

Sobre esta base, la conclusión ha de ser la de que, una vez publicada la Constitución, los acontecimientos constitutivos de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia generaban por virtud de aquella el derecho a la indemnización establecida en su artículo 121, aunque la efectividad del derecho así nacido habría de esperar a que la Ley estableciera el cauce adecuado, computándose los plazos desde la entrada en vigor de dicha Ley, es decir, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.º de julio de 1985, cuya vigencia comenzó el 3 de julio de 1985 —disposición final—.

Esta es también la solución a la que llega la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, que para los recursos o conflictos constitucionales referidos a Leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la constitución del Tribunal Constitucional establece que los plazos se han de computar desde dicha constitución.

La conclusión expuesta no se ve desvirtuada por el dato de que la Ley Orgánica del Poder Judicial no se haya atribuido eficacia retroactiva —art. 2.3 del Título Preliminar del Código Civil—, pues en realidad *no se trata tanto de dar efecto retroactivo a la Ley Orgánica del Poder Judicial cuanto de atribuir eficacia directa al artículo 121 de la Constitución*; así, el Tribunal Constitucional —Sentencia 36/1984, de 14 de marzo (R. T. Const. 36)— ha puesto de relieve que *la existencia misma del derecho a la indemnización nace de la Constitución, de suerte que la Ley Orgánica venía a establecer el procedimiento adecuado para el ejercicio de un derecho preexistente.*» (Sentencia de 21 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3217.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

