

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento. Doctrina general sobre el informe de la Secretaría General Técnica y nulidad por su ausencia.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Naturaleza.* B) *Silencio positivo.* C) *Ejecutividad.*—III. CONTRATOS: A) *Administración Local. Intereses:* 1. *Doctrina sobre el tipo de interés aplicable a los contratos de la Administración Local.* 2. *Cómputo del plazo de demora para la exigencia de los intereses.* B) *Intereses de intereses. Aplicación supletoria del artículo 1109 del Código Civil.*—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Diputaciones Provinciales. La coordinación por las Comunidades Autónomas no permite el destino obligatorio de unos fondos para el plan de obras y servicios.* B) *Impugnación de acuerdos. Artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local y proceso contencioso-administrativo ordinario.*—V. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Fecha de referencia para la valoración del bien expropiado en aplicación del artículo 69 de la Ley del Suelo.*—VI. DOMINIO PÚBLICO: A) *Bienes de las Entidades Locales. Transferencia a perpetuidad de las sepulturas.* B) *Zona marítimo-terrestre. Servidumbre de salvamento.*—VII. PUERTOS: *Competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas.*—VIII. POLICÍA: A) *Auto-taxis. Revocación de licencias.* B) *Empresas de Seguridad privadas.*—IX. SERVICIO PÚBLICO: *Suministro obligatorio de energía eléctrica a los Ayuntamientos.*—X. EMPRESA PÚBLICA: *Doctrina general sobre la iniciativa económica municipal en el marco de la Constitución y de la Comunidad Europea.*—XI. LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Partidos políticos. Financiación pública.* B) *Extranjeros. Derecho a la actuación del intérprete.* C) *Ejercicio profesional. Médicos.*—XII. SANCIONES: A) *Prescripción. En recurso de revisión, doctrina sobre la aplicación supletoria del Derecho Penal.* B) *Seguridad privada. La cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas privadas de seguridad no constituye una sanción.* C) *Extranjeros. Necesidad de intérprete titulado.*—XIII. PROCEDIMIENTO: *Procedimiento disciplinario y revocación de licencias.*—XIV. URBANISMO: A) *Suelo urbano. Cesiones obligatorias y gratuitas.* B) *Gestión:* 1. *Unidades de Actuación.* 2. *Reparcelación discontinua. Reparcelación económica.* C) *Expropiación urbanística en aplicación del artículo 69 de la Ley del Suelo.* D) *Disciplina. La Administración no puede dictar orden de demolición sin antes haberse pronunciado expresamente sobre la legalización solicitada.*—XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Inadmisibilidad. Orden de demolición como consecuencia de la previa denegación de licencias.* B) *Procedimiento especial del artículo 118 LJ. No se aplica a la impugnación de acuerdos locales en virtud del artículo 65 de la Ley de Bases de Régimen Local.* C) *Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Recurso de reposición potestativo.*—XVI. RESPONSABILIDAD: A) *Imputabilidad. Ejecución de obras por contratista.* B) *Funcionamiento de la Administración de Justicia:* 1. *Hechos posteriores a la Constitución y anteriores a la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 2. *Voto particular sobre la aplicación retroactiva de la LOPJ a hechos anteriores a su entrada en vigor.* 3. *Responsabilidad por prisión preventiva en un supuesto de probada falta de participación.* C) *Acción de responsabilidad:* 1. *Daños permanentes y evolutivos.* 2. *Supuesto de denegación presunta por silencio.*

I. FUENTES

Reglamento. Procedimiento. Nulidad de Reglamento autonómico por falta del Informe de la Secretaría General Técnica del Departamento correspondiente. Doctrina general acerca del sentido, contenido y valor del citado Informe preceptivo cuya omisión no resulta convalidable por un Informe realizado «a posteriori».

«La sentencia apelada, con base en una constante doctrina de este Alto Tribunal, desestimó la alegación con que la Generalidad demandada intentaba justificar la irrelevancia de la omisión del informe de la Secretaría General Técnica del Departamento correspondiente que debe emitirse antes de aprobar una disposición de carácter general, y es, sin duda, por tal rechazo, por lo que, al apelar, emplea un razonamiento distinto consistente en sostener que lo sucedido fue que ese informe se produjo, según demuestra el documento número 3 del expediente, porque, aunque en el mismo figure una fecha posterior a la del Decreto impugnado, ello obedeció a un simple error, ya que el parecer de la Secretaría General se había obtenido en sucesivas reuniones y consultas anteriores a esa fecha.

Ninguna de estas contradictorias versiones constituye un fundamento válido para justificar la pretensión revocatoria que se ejercita, porque esta nueva alegación no viene avalada por pruebas que acerquen la simple equivocación que se indica ni la de que esas conversaciones o consultas con el correspondiente Organismo hubieran tenido lugar, pero es que, aunque las diéramos por ciertas, el concreto objeto y contenido de cada una de ellas y lo que, al respecto de la cuestión discutida o consultada, se hubiera informado tenía que ser reflejado en el expediente administrativo, y, aunque a efectos puramente dialécticos, admitiéramos que el citado documento correspondiera a una fecha muy anterior a la que en él se consigna, ni su redacción ni consiguiente contenido merecen calificarse de auténtico informe, toda vez que *el mismo no expresa el cumplimiento de la exigencia de este requisito, es decir, por qué cada una de las determinaciones del Proyecto resultaban viables para que pudiera obtener su aprobación y consiguiente rango de disposición de carácter general, o que, en alguno o algunos extremos debieran modificarse o suprimirse, o, contrariamente, adicionarse otros concretos, asesorando y proponiendo al efecto lo que en cada evento procediera o, en última instancia, refiriéndose a las que, atendiendo sus sugerencias en cualquiera de esos sentidos, se habían producido en el anteproyecto sometido a su información, no bastando con que, en cambio, y a posteriori, se limitara a modo de simple aprobación o inmotivada muestra de total conformidad con lo que ya fue aprobado sin su previa intervención al tratar de acreditar de cualquier manera el cumplimiento de un requisito como éste que se cuestiona.*

Es claro, por lo mismo, que tampoco pudo aceptarse por la sentencia apelada —ni lo es por esta Sala— lo que la hoy apelante adujo al contestar la demanda que, en síntesis, era sostener, con esforzada dialéctica, que esa exigencia del artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituye un requisito de simple control interno a que se somete a la Administración y que, en cualquier caso, es independiente del que ejerce la Jurisdicción para comprobar la adecuación a Derecho o no de la disposición impugnada, ya que una disposición ni está más garantizada ni es más correcta por más informes que se hayan hecho en el proceso de elaboración, sino que la corrección de la norma se fundamenta en que su contenido se ajuste a Derecho, porque, aunque esto pueda ser aceptable —y, en su caso, pudiera someterse a la consideración del legislador, por quien así lo entiende, para que suprimiera la exigencia—, de todos modos la conclusión a que ello conduce no

puede ser la que la parte pretende, en primer término, porque *ese informe —precisamente, por el carácter de la dependencia ministerial que ha de emitirlo— no puede concretarse al aspecto jurídico-formal o de procedimiento de la elaboración de la norma, sino, además y sobre todo, al esencialmente técnico de la específica materia que se regula o reglamenta por la misma, y, en segundo lugar, como derivado de lo anterior, porque, por lo mismo que la función revisora de esta Jurisdicción se proyecta tanto sobre la forma como se ha elaborado aquélla como sobre el fondo o contenido de sus determinaciones sustantivas, en función de ese aspecto estrictamente técnico, para decidir respecto de ambos extremos es indispensable examinar si se ha seguido íntegramente el procedimiento establecido para elaborarla —entre otros aspectos, en el de si se cumplió la esencial exigencia de emitir el cuestionado informe, aunque éste sólo pudiera constituir un simple medio de control interno del creador de las normas—, con la consecuencia de que, ya sin más, éstas deban declararse nulas desde el punto de vista formal, como bien entendió la Sala sentenciadora, y si, efectivamente, ese Órgano administrativo esencialmente técnico, desde este estricto punto de vista, comprobó la viabilidad sustantiva de las prescripciones contenidas en el Proyecto, siempre en el momento oportuno y propicio para que, en su caso, se pudieran introducir las alteraciones o adiciones que la materia tratada exigiera o aconsejara o se suprimieran determinaciones, siempre debidamente motivadas o, por el contrario, también con la adecuada motivación, informarla favorablemente de modo incondicional, todo ello porque, desde otro punto de vista, la aportación del dictamen constituye un instrumento muy valioso para que esta Jurisdicción enjuicie si, en relación con este aspecto estrictamente técnico, la disposición general se adecua al Ordenamiento sustantivo de mayor rango, regulador de la concreta materia que es objeto de desarrollo por aquélla, siendo por todo cuanto razonado queda por lo que procede confirmar la sentencia recurrida.» (Sentencia de 22 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6686.)*

II. ACTO

- A) *Naturaleza. Posee naturaleza de acto administrativo susceptible de impugnación la comunicación dirigida en forma de carta por el Excmo. Sr. Ministro de Obras Públicas y Urbanismo al Excelentísimo Sr. Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de La Rioja sobre firma de un Convenio.*

«Al contestar a la demanda el señor Abogado del Estado opone en primer lugar la causa de inadmisibilidad del recurso articulado de contrario por carencia del presupuesto esencial y básico para su válida interposición cual es la existencia de un acto recurrible, todo ello en relación con el artículo 82.c) de la Ley de la Jurisdicción y artículos 1 y 37 de la misma, causa de inadmisibilidad que reitera en su escrito de fundamento de la presente apelación. Se dice que la comunicación del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo tiene una naturaleza epistolar y no es un acto administrativo que permita su recurso ante esta vía jurisdiccional, por lo que se insiste en que la parte recurrente lo que impugna es una actitud y no un verdadero acto porque de concretarse aquélla lo sería en una actividad administrativa o acto de futuro intención de realizarlo se manifiesta en la comunicación recurrida. No podemos compartir tal tesis, pues, como acertadamente se indica en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada, la moderna doctrina, superando esquemas más rígidos y formalistas, concibe el acto "como algo más extenso que las expresiones acuerdo, resolución, providencia o cualquier otro concepto semejante y abarca todas las mani-

festaciones de la actividad administrativa", sin que pueda considerarse a la comunicación de 5 de mayo de 1988 como una respuesta de naturaleza epistolar en razón a que la misma, conectada con el escrito de fecha 15 de abril de 1988, que el Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma recurrente dirige al señor Ministro de Obras Públicas y Urbanismo y de la que trae causa, pone de relieve que la comunicación cuestionada, aun revistiendo forma epistolar, da respuesta a la petición contenida en el escrito citado, relativa a que se proceda urgentemente a la firma del Convenio con la Comunidad actora que permita la puesta en funcionamiento del Real Decreto 1494/87, de 4 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de viviendas, de donde se infiere, con toda claridad, que dicha comunicación es un acto por el cual se define una situación jurídica individualizada de la Administración respecto de la pretensión que se le formula, lo que escapa y traspasa el ámbito de una relación epistolar —aun revistiendo esta forma—, ya que es una declaración administrativa de voluntad que se interfiere, impidiéndola por las razones que expresa, la puesta en funcionamiento de las prevenciones contenidas en un Real Decreto, materia ésta que es el objeto de la pretensión que la Comunidad Autónoma persigue por medio del escrito de 15 de abril de 1988, y al que da respuesta la comunicación ministerial impugnada, debiendo, consecuentemente, y con base en lo razonado, rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por el señor Abogado del Estado al contestar en la demanda tal y como acertadamente así se realiza en la sentencia apelada.» (*Sentencia de 18 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5649.*)

- B) *Silencio positivo. Aplicación del Decreto-ley 7/86, de 14 de marzo, sobre medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales. Se refiere al procedimiento administrativo general, pero no modifica los preceptos específicos como los del Reglamento de Actividades.*

«En el escrito de alegaciones formulado por don Esteban L. L., en el recurso de apelación por él interpuesto, se reiteran las aducidas ante el Tribunal *a quo*, insistiendo, fundamentalmente, en que la licencia solicitada ha de estimarse otorgada por silencio administrativo positivo, bien con arreglo al artículo 1.º del Real Decreto-Ley 7/86, de 14 de marzo, bien conforme al artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, al tratarse de una obra menor o simple movimiento de tierras en suelo no urbanizable; alegaciones que no desvirtúan los razonamientos recogidos en los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida —aceptados en su integridad por esta Sala—, en los que se efectúa una adecuada apreciación de los hechos objeto del debate y se aplican rectamente los preceptos atinentes al caso del pleito. Debiendo significarse, al decidir el presente recurso de apelación, que —como ya se proclama con acierto en la sentencia apelada— *la norma relativa al silencio administrativo positivo contenida en el artículo 1.º del Real Decreto-Ley de 14 de marzo de 1986 sobre medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales* (según se expresa en su propia Exposición de Motivos), *se refiere al procedimiento administrativo general, pero no modifica los preceptos específicos, concretamente el artículo 33.4 del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, que lo regulan en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas* —como son, sin duda, las canteras y plantas de machaqueo de áridos— *que imponen, para que el silencio administrativo positivo pueda producirse, la inexcusable solicitud (mediante la denuncia de mora) deducida ante la Comisión Provincial de Servicios Técnicos* (en la actualidad ante la Comisión Territorial de Actividades Clasificadas, dependiente de la Consejería de Política Territorial de la

Generalidad de Cataluña); sin que, por otra parte, la licencia solicitada pueda tampoco ser concedida por el Ayuntamiento de Pájara (Fuerteventura), atendido lo preceptuado en el artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, en relación con el 86.1 y 85.2 de la propia Ley, *al tratarse de instalaciones en suelo no urbanizable que requieren ser previamente autorizadas por la Comisión Provincial de Urbanismo (u organismo que la sustituya en la actualidad) a través del procedimiento establecido en el artículo 43.3 del mismo cuerpo legal.*» (Sentencia de 27 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5544.)

C) Ejecutividad.

Se suspende la ejecución de un acuerdo municipal no sólo por apremio la dificultad de la reparación del perjuicio causado con la ejecución, sino también ante los indicios de una eventual desviación de poder que el Abogado del acusado pone de manifiesto.

«PRIMERO.—El acto cuya suspensión se solicita hace referencia al *desalojo de la vivienda propiedad del Ayuntamiento que ocupa el recurrente en calidad de arrendatario.*

SEGUNDO.—El arrendatario, y aquí apelante, es médico titular del Ayuntamiento de Ugijar, que tiene cedidas en arrendamiento las dos viviendas que tiene el edificio al apelante y al otro médico titular. Y en el acta correspondiente al pleno de 27 de febrero de 1987 se hace constar que *se les renueva el contrato de arrendamiento en las viviendas para médico que actualmente ocupan.* Consta asimismo que la parte baja está dedicada a la agrupación municipal que continuaba ocupándola en 21 de octubre de 1983 en que se accedió a arrendar la vivienda al apelante.

TERCERO.—La privación de la vivienda al arrendador la basa el Ayuntamiento en la necesidad de utilizar ese local para guardería infantil cuyo establecimiento han solicitado un determinado número de vecinos. Y en la prevalencia del interés público sobre el privado, así como en la fácil reparabilidad de los perjuicios que se puedan causar, pretende basar la no procedencia de la suspensión solicitada.

CUARTO.—El Abogado del Estado se pronunció en su día en sentido favorable a la suspensión solicitada, considerando que "con tales antecedentes parece evidente y difícilmente reparable el doble daño que con la ejecución inmediata ha de seguirse el actor: por un lado, el aludido en el escrito de tener que ocupar otra vivienda en tanto se resuelve el litigio y, por el otro, el de sufrir este efecto sin haberse dilucidado judicialmente si la medida acordada de destinar precisamente esa vivienda a guardería laboral no va realmente destinada a castigar a la oposición que en el ejercicio de su cargo debe ejercer el concejal al que se trata de expropiar". Son palabras textuales del Abogado del Estado que alude a la condición de concejal que también ostenta el apelante.» (Auto de 13 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7360.)

III. CONTRATOS

A) *Administración Local. Intereses.*

1. *Doctrina general sobre el tipo de interés aplicable a los contratos de la Administración Local, recogiendo la anterior jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Constitucional.*

«En cuanto a la fijación del tipo de interés aplicable, procede indicar que este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente sobre tal cuestión, habiendo existido sobre ella dos líneas jurisprudenciales distintas. La primera abonaba el criterio —que aquí mantiene el Ayuntamiento— de que, a falta de pacto, el tipo de interés de demora debido por las Corporaciones Locales a sus contratistas era el del 4 por 100 anual señalado en el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, sin que tal precepto se pudiese entender modificado por la normativa estatal que tiene carácter supletorio en materia contractual respecto a la específicamente local (Sentencias de 18 y 28 de junio de 1985 —citadas por el Ayuntamiento— y de 18 de febrero, 25 de junio y 13 de octubre de 1987, entre otras). Otra corriente jurisprudencial argumentó que el mantenimiento del tipo del 4 por 100 del expresado artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales supondría conservar vigente una norma obsoleta, contraria a la realidad social y discriminatoria para los contratistas de la Administración Local en relación con los de la estatal o autonómica (Sentencias de 18 de octubre de 1984 y 27 de febrero de 1985, entre otras). *Esta contraposición de doctrina quedó finalmente resuelta a partir de la Sentencia de este Tribunal de 1 de diciembre de 1987, a cuyo tenor "aunque en este tema no ha habido unanimidad jurisprudencial, siendo muchas las sentencias que se han inclinado por la solución del artículo 94 del citado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, esto es, por el tipo del 4 por 100, no obstante, la Sala ha llegado a la conclusión de que es hora de establecer una solución armónica entre el sector público estatal y local, ya que, en conclusión, quien sufre las consecuencias de un trato ostensiblemente discriminatorio es el administrado, en su posición de contratante, al que debe proteger el principio de igualdad, sin que la materia que nos ocupa justifique, en ningún sentido, un apartamiento de este principio". Y en este mismo sentido se han pronunciado las Sentencias posteriores de este Tribunal, como las de 19 de julio, 1 y 6 de octubre y 18 y 25 de noviembre de 1988 y 25 de abril y 30 de mayo de 1989, entre otras, que han seguido la directriz de la del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1986 (R. T. Const. 14), que establece el principio de que el tipo de interés de las cantidades adeudadas ha de tener un tratamiento unitario para todo el territorio nacional y para todas las deudas de las diferentes Administraciones públicas (estatal, autonómica y local).*

Sentado, pues, que el tipo de interés del 4 por 100 que señalaba el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales ha de entenderse sustituido por el establecido en la normativa estatal sobre la materia, las disposiciones de la normativa estatal al respecto son: a) El artículo 1.º de la Ley 24/84, de 29 de junio, que dice que el interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente el día en que comience a devengarse el interés salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro distinto. Y b) La Disposición Transitoria de la propia Ley según la cual la misma se aplica a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones constituidas tras su entrada en vigor y también en aquellos casos en que el derecho a exigir el interés, en defecto de convenio, nazca o se devengue con posterioridad a su entrada en vigor.

En méritos de lo precedente, el tipo de interés aquí aplicable será: a) *Hasta*

el día 4 de julio de 1984 (fecha de la entrada en vigor de la Ley 24/84, de 29 de junio), el del 4 por 100 del artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales. b) Desde el 4 de julio de 1984 hasta el 31 de diciembre del mismo año, el 8 por 100, por ser tal el tipo básico de descuento del Banco de España, y c) Para todos los años posteriores, y hasta el completo pago de la cantidad adeudada, el tipo establecido para cada año por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.» (Sentencia de 7 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7383.)

2. *El plazo de demora de dos meses a partir del cual el contratista puede exigir los intereses, sin intimidación previa, debe contarse a partir de la expedición de las certificaciones mensuales de obra.*

«Las alegaciones que formula el Ayuntamiento apelante sobre la primera de las expresadas cuestiones (al decir que los intereses no empezaron a devengarse hasta que los mismos fueron expresamente solicitados por la Sociedad hoy apelada y que era necesario para su devengo la intimación previa de dicha acreedora) están totalmente fuera de lugar, dado que contravienen el tenor de su propio Acuerdo de 6 de noviembre de 1986 que reconoció expresamente el derecho de la sociedad apelada a percibir intereses de demora "durante el período comprendido a partir de los dos meses del libramiento de la certificación hasta la fecha del pago de la misma" (folio 13 del expediente). El Ayuntamiento no puede negar en el proceso lo que antes ya había reconocido expresamente en su aludido acuerdo, pues esto supone volver sobre su conducta y viola la doctrina de la buena fe que ha de presidir su actuación contra lo que dispone el artículo 7.1 del Código Civil. Por lo demás, el artículo 1100 de este Código establece que no es necesaria la intimación del acreedor para que haya mora si la Ley lo establece así expresamente, que es lo que acontece en el presente caso, en el que es aplicable el artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, que dice que si la Corporación no hubiese fijado en el contrato el tiempo que haya de transcurrir para que el interés de demora se comience a devengar, bastará el retraso de dos meses en el pago para que pueda exigirse; precepto que no demanda la intimación previa del acreedor para que el interés empiece a devengarse, sino que basta el retraso de dos meses en el pago para que de manera automática se comience a producir el devengo; criterio reiteradamente mantenido por este Tribunal en Sentencias como las de 15 de abril de 1987 y 16 y 21 de febrero de 1983, la última de las cuales declara expresamente la inaplicabilidad del artículo 1100 del Código Civil "a los contratos administrativos regidos por disposiciones especiales en cuanto a los intereses abonables al contratista por vía de indemnización por mora". Por otro lado, el artículo 1108 del Código Civil considera el abono de intereses por demora como el modo de indemnizar los daños y perjuicios que se causen por el retraso en el cumplimiento de la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero, y puesto que el contratista tiene derecho a que se le pague la obra efectuada al precio convenido y que la ejecución se acredita con la expedición mensual de las certificaciones por la Administración contratante, se ha de entender que es a partir del momento en que la Administración expide la certificación que surge su obligación de pagar al contratista la cantidad certificada; siendo, por tanto, también éste el momento desde el que ha de computarse el plazo de los dos meses a que se refiere el mencionado artículo 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales; momento desde el que el contratista ya puede exigir el pago de los intereses por la demora en el pago, sin precisar de previa intimación alguna; todo lo cual conduce a rechazar el primer motivo de la apelación y a confirmar en este extremo la sentencia recurrida.» (Sentencia de 7 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7383.)

B) *Intereses de intereses.*

En aplicación supletoria del artículo 1109 del Código Civil, se reconoce el derecho del contratista a percibir el interés legal devengado por la deuda líquida constituida por los intereses de demora ya vencidos.

«Como reiteradamente viene diciendo esta Sala que ahora enjuicia en numerosas sentencias, de las que es una última muestra la de fecha 20 de junio de 1989, las disposiciones contenidas en el Código Civil son aplicables con carácter supletorio a la contratación administrativa cuando para ésta no existan normas específicas de derecho administrativo que, en todo o en parte, la regulen; ahora bien, ni en la Ley de Contratos del Estado ni en su Reglamento existe precepto jurídico alguno que prevea el supuesto del devengo de intereses por cantidades líquidas adeudadas, procedentes del impago de los intereses vencidos derivados del retraso en el cumplimiento por la Administración de su obligación de abono del saldo resultante de las certificaciones de obras presentadas al cobro por el contratante, forzándole para obtener satisfacción de su derecho a acudir a la vía jurisdiccional demandándola; pues los artículos 47 de la citada Ley y 144, 172, 176 y concordantes de su Reglamento se refieren a las certificaciones de obras y a su recepción provisional o definitiva, determinando el momento en que surge el derecho a su cobro en el contratista y la obligación de pago en la Administración, preceptos todos ellos que guardan un acusado paralelismo con la indemnización prevista en el artículo 1108 del Código Civil, que por la especialización normativa apuntada no es de aplicación en materia de intereses devengados, como también ocurre con el artículo 1110 de dicho Cuerpo Legal, como reiteradamente tiene declarado esta Sala; pero dado que no existe ni en la Ley ni en el Reglamento aludidos norma alguna que contemple el supuesto en que el obligado al pago de las certificaciones de obras y de sus intereses derivados de su demora, una vez que éstos han vencido y son líquidos, para obtener su efectivo cobro, se ve compelido a utilizar la vía jurisdiccional ante los Tribunales para obtener la tutela efectiva de su derecho, supuesto éste que, sin embargo, está contemplado en el artículo 1109 del Código Civil, de aplicación supletoria, conforme establecen los artículos 4 de la Ley de Contratos del Estado y 6 de su Reglamento.

La jurisprudencia, tanto en el orden civil como en el administrativo, viene reiteradamente declarando, sin contradicción alguna, que ha de entenderse como "líquida" una deuda cuando su concreta cuantificación sólo dependa de una simple y material operación aritmética, pues la "liquidez" de una deuda no depende tan sólo de que el acreedor pida una cantidad exacta de dinero en la demanda por tal concepto y la sentencia lo acepte y así lo declare, sino también en los casos en que su exacta cuantificación puede determinarse mediante la realización de expresadas operaciones matemáticas al ser conocidas las premisas económicas exactas que han de determinar necesariamente el *quantum* de la deuda, aun cuando el deudor se empeñe a negarlas o desconocerlas, obligando al acreedor con esta actitud a acudir en su reclamación en la vía jurisdiccional; este mismo criterio se encuentra implícitamente reconocido, además de en la sentencia de esta Sala antes referida, en las del Tribunal Supremo, en el orden contencioso-administrativo, de 21 de marzo de 1956 y 28 de junio de 1978, entre otras.

En el supuesto de actual referencia la sentencia al presente combatida acogió plenamente la tesis de la entidad demandante, en orden al abono de intereses legales devengados por la demora en el pago del saldo resultante de la liquidación provisional de las obras a que la demanda se refería; dándose la circunstancia de que ya la Administración había reconocido en vía administrativa a la entidad constructora el concepto adeudado, aunque no en la cuantía reclamada, la cual era susceptible de ser fijada mediante una simple operación aritmética al ser exactamente conocidas sus premisas del

tiempo de la demora y el tipo del porcentaje aplicable, como lo pretendía la demanda e hizo la sentencia; luego al ser dichos intereses vencidos una deuda líquida, también han de devengar intereses legales desde el momento en que fueron judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio en este punto, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1109 del Código Civil.» (*Sentencia de 26 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6497.*)

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) *Diputaciones Provinciales. Competencia para la aprobación de sus Presupuestos. La potestad de coordinación reconocida a las Comunidades Autónomas no permite imponer la destinación de unos fondos determinados para el Plan de Obras y Servicios de la Comunidad Autónoma.*

«La sentencia dictada por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, ha hecho un estudio exhaustivo del tema planteado, y lo ha resuelto con indudable acierto y ajuste a Derecho. *Parte de la organización territorial del Estado definida en el artículo 137 de la Constitución, para ya dentro del régimen local delimitar las competencias de la Generalidad de Cataluña en relación con las Diputaciones según la Ley de Bases de 2 de abril de 1985, en las coordenadas de la autonomía y de la coordinación, sin que ésta pueda afectar en ningún caso a aquélla, en ninguna de las potestades que la integran, y en este caso concreto la referente a la potestad de elaborar y aprobar y defender sus propios presupuestos; consecuencia ésta que es la que explícitamente se desprende de los artículos 10, 36.2 y 59 de la citada Ley de Bases de 1985. Finalmente, se centra en el artículo 2.2 del Real Decreto 2115/78 en su conexión con la Disposición Transitoria Sexta, 6, del Estatuto, para concluir que no existe norma alguna concreta que autorice de modo concluyente la tesis defendida por la Generalidad.*

Sabido es que una constante y reiterada doctrina de este Tribunal viene insistiendo en que en la segunda instancia, por razones institucionales, al tratarse en ella de depurar los resultados de la primera, se exige un examen crítico de las soluciones dadas en ésta, como base indispensable y racional del ámbito litigioso del debate ante el Tribunal *ad quem*, con cuyo examen se demuestre o bien la inaplicación o la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba, o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada. *La parte apelante se limita a repetir sus argumentos de la primera instancia, todos los cuales, uno a uno, han sido analizados y valorados, con detenimiento y jurídica corrección en la sentencia. Se hace hincapié ahora en que la expresión "sin perjuicio..." que se utiliza en el artículo 36.2 tiene su antecedente explicativo en los debates parlamentarios de la elaboración de la Ley de Bases de 1985, siendo introducida en el texto original en virtud de enmienda presentada por el Grupo de Minoría Catalana, como reconocimiento de la singularidad catalana en materia de régimen local distinto al común del resto de España. Esta interpretación voluntarista, sin embargo, no es correcta. Se trata, sin duda, de una fórmula transaccional en la elaboración de la Ley para expresar que la Ley de Bases no mermaba en modo alguno las competencias señaladas en el Estatuto de Autonomía. Los artículos 36 y 59 de la Ley de Bases lo que hacen es señalar las competencias de las Diputaciones y Comunidades vertebrándolas en los principios de autonomía y coordinación que, con origen en la Constitución, impregnan toda la normativa de régimen local, para asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas en el ámbito de la cooperación, asistencia y, en*

definitiva, solidaridad entre las mismas, pero siempre sin menoscabo de su autonomía. De ahí que, aunque con fecha posterior al acuerdo impugnado pero muy en línea con la tesis de la sentencia de instancia, el artículo 88.2.c) y 3, así como los 168 y siguientes de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en su ensamblaje con los artículos 4, 9 y 10 de la Ley 5/1987, de 4 de abril, sobre Régimen Provisional de las competencias de las Diputaciones Provinciales de Cataluña, establecen que la distribución de competencias provinciales, y en concreto las fórmulas de coordinación y cooperación entre la Generalidad y las Diputaciones Provinciales, se fijarán por Ley de conformidad con lo previsto por la legislación de régimen local, es decir, con respeto a la autonomía de los entes provinciales. Y en cuanto al Plan Unico de Obras y Servicios de Cataluña se integrará en el Plan Director de Inversiones Locales; aquél será elaborado y aprobado por la Generalidad con la participación de Diputaciones Provinciales y Municipios y será una Ley del Parlamento de Cataluña la que proceda a la selección, distribución y financiación de las obras y servicios del Plan. En cuanto al Plan Director de Inversiones Locales, una Comisión de Cooperación Local integrada paritariamente por representantes de la Administración de la Generalidad y de los entes locales de Cataluña, entre éstos todas las diputaciones catalanas, formularán el Proyecto de Plan Director e informarán de las cuestiones relativas a su aplicación. La desaparición de los Planes Provinciales a partir de 1978 para ser sustituidos por el Plan Unico Territorial no supone, ni mucho menos, que no quedase nada por coordinar, ya que si, como dice la Generalidad, si no puede obligar a las Diputaciones a que contribuyan con cantidades impuestas a la financiación del Plan Unico, éste corre el riesgo de perder su contenido; también la Diputación, si pierde por imposición de la Generalidad, su capacidad de dotar con sus presupuestos sus propios Planes y el Plan Unico, quedaría vacía de contenido su competencia planificadora propia. En cuanto al Tribunal Constitucional, ya en Sentencia de 28 de julio de 1981, dijo que "ni la gestión desconcentrada puede ser sustitutivo de la descentralización, que implica autonomía, ni podría la lícita transferencia a las Comarcas u otras entidades territoriales de competencias hoy atribuidas a las provincias, llevarse hasta el extremo de vaciar totalmente a éstas de sus actuales funciones como Entes locales, vaciamiento que implica una infracción de los artículos 137, 141 y 142 de la Constitución y del artículo 5.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña"; la de 20 de diciembre de 1984 (R. T. Const. 125) sienta que *los decretos de transferencias no son cauce normativo hábil para atribuir competencias, puesto que su función consiste únicamente en transferir servicios*; en Sentencia de 4 de febrero de 1988 (R. T. Const. 13) ha aclarado que el párrafo 6 de la Disposición Transitoria Sexta del Estatuto de Autonomía de Cataluña no es una norma de asunción o atribución de competencias, sino de ordenación del procedimiento de traspaso de los servicios inherentes a las competencias asumidas en el cual viene a insertarse. Finalmente, la Sentencia de 11 de noviembre de 1988 (R. T. Const. 213) ratifica que la garantía institucional del artículo 137 de la Constitución de municipios y provincias opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos.» (Sentencia de 23 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª Ar. 4881.)

- B) *Impugnación de acuerdos. La impugnación jurisdiccional de acuerdos locales por el Abogado del Estado en virtud del artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local debe seguir los trámites del proceso contencioso-administrativo ordinario, habiendo sido derogada la Ley de 28 de octubre de 1981 que remitía al procedimiento del artículo 118 LJ.*

«La Corporación demandada denuncia en la primera ocasión que tiene que la demanda que interpone el Abogado del Estado, al amparo del artícu-

lo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, autorizado por el Gobernador de la Provincia, dirigida a que se declare la nulidad de dos acuerdos relativos a personal, no debe tramitarse conforme a lo prevenido en la Ley de 28 de octubre de 1981, sino por el procedimiento ordinario previsto en la Ley de esta Jurisdicción; la providencia que acuerda tener por interpuesto y tramitar la impugnación por las normas establecidas por la dicha Ley de 28 de octubre de 1981, en relación con lo previsto en el artículo 118 de la Ley de esta Jurisdicción, aunque así lo interese el propio demandante olvida que la mencionada Ley de 28 de octubre está derogada por la disposición derogatoria c) de la Ley 7/1985, y esto es grave porque las formas y los requisitos procesales, por afectar al orden público, son de necesaria observancia; ni el Abogado del Estado debió interesar la tramitación al amparo de la Ley de 28 de octubre de 1981 ni la Sala debió acordar en consecuencia, porque no está a la disponibilidad de las partes ni a su arbitrio el cumplimiento de los trámites procesales adecuados; la Sala de instancia no da la debida respuesta a la cuestión planteada, silenciándola, con lo que incurre en incongruencia, porque el tema es importante, dado que no se trata de una simple irregularidad formal, ni de un vicio de escasa importancia nacido de un error disculpable, ni defecto que pueda ser subsanado; por el contrario, en el caso el formalismo es absolutamente necesario para la buena marcha del proceso que nace viciado desde la propia demanda al interesarse el seguimiento de un trámite inexistente.

Se observa a todo lo largo del procedimiento judicial la incorrecta tramitación seguida y, por tanto, la ausencia del proceso debido que la Ley establece que no es otro que el proceso ordinario establecido para el proceso contencioso conforme se deduce de la lectura del artículo 65 de la Ley 7/1985 relativo a la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales; por no haberse seguido el citado procedimiento se ha introducido una desviación procesal no consentida por precepto alguno y ello con trascendencia constitucional al hurtarse una debida defensa, no sólo para la Corporación demandada, sino para los propios funcionarios que no han sido oídos, si bien el proceso tiene como ámbito exclusivamente el determinar si la Corporación obra o no dentro de su respectiva competencia sin invasión de las de otras Administraciones; la Administración demandada no ha tenido la menor posibilidad de articular una auténtica contestación a la demanda, entre otras cosas porque la propia demanda carece de la menor argumentación sobre el tema propuesto; la Administración demandada tiene derecho a saberlo, y más si no ha recibido el previo requerimiento de que habla el artículo 65 tantas veces citado; tampoco ha tenido ocasión de articular prueba alguna ni de formular alegaciones; es, pues, inadmisibles la aplicación de preceptos que se hace por la Sala de instancia en nada favorable al derecho de tutela judicial desde el momento en que al reclamarse el expediente a la Corporación Local se le exige el alegar lo que estime procedente en defensa de ella, lo que así hace en escrito de 3 de diciembre de 1986 interesando al amparo del artículo 72 de la Ley de esta Jurisdicción, como alegación previa se declare la inadmisibilidad del recurso, alegación previa que no se tramita no recibiendo siquiera respuesta alguna a su petición de que el recurso no se tramite por el cauce del artículo 118 de la Ley de esta Jurisdicción; por el contrario, la Sala acuerda cuando se evacua por la Corporación el trámite indebido que se le ordena hacer que sea el Abogado del Estado quien nuevamente informe acerca del mantenimiento o anulación de los acuerdos, lo que ciertamente hace formulando escrito a manera de demanda, lo que a su vez provoca otro escrito de la Corporación, pero de alegaciones; toda esta tramitación no se corresponde a lo legalmente previsto, lo que acarrea la nulidad total de todo lo tramitado con estimación del recurso de apelación interpuesto y correlativa revocación total de la sentencia apelada, sin que corresponda hacer condena en costas.» (*Sentencia de 13 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 6336.*)

V. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Expropiación urbanística en aplicación del artículo 69 de la Ley del Suelo. Fecha a la que debe referirse la valoración del bien expropiado. Es la de la presentación de la hoja de aprecio por el interesado ante la Administración, momento en que se inicia el expediente, y no el momento en que aquél se dirige al Jurado ante el silencio de la Administración.

«Siendo cierto, por razón de congruencia, el argumento que se ha citado de la sentencia apelada, hay que examinar, no obstante, si al tratarse de una expropiación urbanística, ha podido violarse la garantía mínima que para las de esta naturaleza suponen las valoraciones catastrales, de acuerdo con los artículos 104.5 y 108 del mencionado Texto Refundido.

Debemos de partir, a este respecto, de que según ha quedado acreditado en el proceso, la variación de los valores catastrales se produjo en el año 1984, ya que para el año 1983 éstos eran sustancialmente iguales a los recogidos en la hoja de aprecio de la sociedad recurrente.

Esta situación nos lleva a la necesidad de determinar cuándo ha de entenderse iniciado el expediente de justiprecio en los casos de expropiaciones acogidas al citado artículo 69, ya que será en relación a esa fecha que habrá de fijarse el valor de los bienes expropiados (art. 36 de la Ley de Expropiación Forzosa) y jugará la garantía de valoración mínima antes mencionada.

En Sentencia de 24 de mayo de 1989 hemos señalado que la apertura de la pieza de justiprecio no se produce *ope legis*, por el mero transcurso de los plazos señalados en el artículo 69, sino que efectuada la advertencia prevista en él sin resultado positivo, el titular de los bienes afectados puede por su propia voluntad iniciar el expediente de justiprecio, mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio ante la Administración, como dispone el apartado 1, párrafo segundo, de dicho artículo, a cuyo momento, que es el de comienzo del citado expediente, debe de referirse la valoración, a tenor del apartado 2 del mismo, sin que pueda tomarse como fecha de valoración aquella en la que el interesado se dirige al Jurado, cuando transcurren tres meses sin que la Administración acepte o rechace su hoja de aprecio, pues este trámite es una garantía complementaria, que se explica por la competencia exclusiva de dicho órgano para determinar contradictoriamente el justiprecio.

En definitiva, decíamos en aquella sentencia que la fecha de valoración no difiere de la señalada en el artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que ocurre es que así como en el sistema diseñado por ésta la iniciativa corresponde a la Administración, a tenor de su artículo 29, en el supuesto previsto en el artículo 69 de la Ley del Suelo la titularidad del trámite se atribuye al expropiante, agotados los plazos previstos al efecto.

Con arreglo a esta doctrina, resulta que la fecha de valoración de las fincas a las que se refiere este proceso debe situarse en el año 1983, en el que, como hemos dejado indicado, la valoración catastral de las mismas coincide básicamente con la ofrecida por la entidad interesada y acogida por el Jurado.» (*Sentencia de 27 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5656.*)

VI. DOMINIO PÚBLICO

- A) *Bienes de las entidades locales. Cementerios. Es posible la existencia de «propiedades privadas especiales» sobre las sepulturas, rigiéndose el derecho del particular por normas de derecho privado y de derecho público. Es válida, por tanto, la transferencia a perpetuidad de las sepulturas.*

«El Ayuntamiento impugna el fallo de la sentencia recurrida que anuló la Disposición Transitoria Primera de la nueva Ordenanza Municipal del Cementerio de Reus de 29 de agosto de 1986 que declaraba que las concesiones perpetuas existentes en el momento de entrar en vigor dicha nueva Ordenanza se entenderían otorgadas por noventa y nueve años a partir de esa fecha. La sentencia fundamenta este fallo anulatorio en el respeto a los derechos concedidos con arreglo a la Ordenanza anterior de 22 de junio de 1923 (folio 443 de los autos), que en su artículo 58 establecía que el derecho funerario se entendería transferido perpetuamente. La Corporación Municipal alega (repetiendo lo que ya había aducido ante la Audiencia) que las concesiones otorgadas por él al amparo de aquella antigua Ordenanza son nulas de pleno derecho desde que el artículo 10 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 estableció la nulidad para todos los contratos que tuvieran carácter perpetuo o indefinido.

La indicada tesis de nulidad radical a partir del citado Reglamento de Contratación de 1953, de las transmisiones a perpetuidad del derecho funerario, con poder apoyarse con dificultad en el indicado Reglamento de Contratación, al carecer la otorgación de un derecho funerario de naturaleza propiamente contractual, no se compagina bien con la disposición específica del artículo 61.b) del posterior Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 22 de diciembre de 1960 (hoy sustituido por el de 20 de julio de 1974); ya que entre los derechos y los deberes que dicho artículo 61.b) atribuía a los Ayuntamientos en los Cementerios Municipales estaban los de la "*distribución y enajenación de parcelas y sepulturas*"; conceptos jurídicos suficientemente expresivos de la validez de las transferencias municipales a perpetuidad del derecho funerario, pues no otra cosa evidencia el término "*enajenación*" de "*parcelas y sepulturas*" que establecía aquel precepto; y es que, como dijo este Tribunal al aplicar aquellas antiguas disposiciones en su Sentencia de 24 de febrero de 1978 aceptando doctrina de la misma Sala de Barcelona, "*si antiguamente se incluían las sepulturas entre las cosas religiosas, especie de las *res divini iuris*, en el derecho moderno no están sometidas sino a regulación administrativa encomendada a los Ayuntamientos—Ley de Régimen Local, art. 101.c), y Reglamento sobre Policía Sanitaria, arts. 61.b) y 67, aprobado por Decreto 2569/60, de 22 de diciembre—, por lo que la normativa sobre transmisión de la propiedad funeraria se regula en las disposiciones emanadas de tales órganos administrativos*".

La disposición emanada del Ayuntamiento apelante en esta materia antes de la actual Ordenanza de 1986, era la ya mencionada de 22 de junio de 1923, cuyo artículo 58 disponía (como hemos visto) que el derecho funerario se entendería "*transferido perpetuamente*". El artículo 62.2 de la misma Ordenanza regulaba "*las transmisiones de dominio de propiedades funerarias*" y las inscripciones de la "*propiedad funeraria*", para las que se expedía "*un título o carta de concesión a todos los que posean propiedades de dicha índole*" (art. 62.3); y el artículo 66 señalaba las consecuencias de la falta de presentación de los documentos justificativos "*de la transmisión de dominio*" (folios 427 y 453 de los autos) de las sepulturas.

Es claro que, como acertadamente argumenta la representación del Ayuntamiento, sobre las sepulturas "*no cabe la propiedad privada en sentido*

estricto y en idéntico sentido que sobre cualquier bien inmueble", pues obvia y forzosamente ésta había de ser una propiedad especial y *sui generis*, en la regulación de la cual convivían derechos privados con disposiciones de derecho público; es lo que explica y hace comprensible la clausura administrativa de los cementerios (llegado el caso), la prohibición de la transmisión onerosa de las sepulturas (art. 61 del Reglamento de Reus de 1923), el pago de cánones, etc.; mas estas limitaciones, evidentemente impropias del dominio en su sentido estricto, pero enteramente acordes con la naturaleza y la funcionalidad de las sepulturas, no impedían la transferencia a perpetuidad de las mismas, como válidamente establecía la referida Ordenanza de 1923 aprobada por el mismo Ayuntamiento ahora apelante y con sujeción a la cual, también el propio Ayuntamiento, fue transfiriendo desde 1923 hasta 1986 las sepulturas del Cementerio de su ciudad; y, evidentemente, no puede decirnos ahora dicho Ayuntamiento que toda su actuación en tal dilatado período y la Ordenanza misma, son nulos de pleno derecho, como ante nosotros defiende; sin que el carácter perpetuo de la transferencia de sepulturas repugne a la sensibilidad jurídica, antes bien, armonizaba y era muy coherente con el sentido del permanente respeto a la memoria de los difuntos, que constituía atributo de la realidad social de aquella época.» (*Sentencia de 11 de julio de 1989, Sala 3ª, Sección 1ª, Ar. 5746.*)

- B) *Zona marítimo-terrestre. Servidumbre de salvamento. Naturaleza jurídica de la misma. Su configuración tiene valor «ex lege», no se derivan de una situación de colindancia o vecindad, definen el contenido del derecho de propiedad y, como tales, no son susceptibles de dispensa.*

«La "existencia de un muro colindante con los terrenos, donde se pretende ubicar las instalaciones del balneario, que tiene más de dos metros sobre el nivel de la playa" y como se afirma, que su efectividad no afectará a la servidumbre de salvamento, se llega a la conclusión de dispensar y acceder a la construcción del Balneario, lo que realmente supone no valorar en su verdadero alcance el carácter de las llamadas "servidumbres administrativas" en relación con la interpretación y alcance que deben ser asignados a los informes de modo que éstos no pueden interferir la verdadera naturaleza de la servidumbre de salvamento, pues entre esas limitaciones existen aquellas que afectan a propiedades especiales, que implican o suponen verdaderas limitaciones como se pueden señalar aquellas que tienen su manifestación en el propio Código Civil y son ajenas a la relación de vecindad, como las que se señalan en los artículos 553, 555, 556 y 570, párrafo 3.º, en lo que puede suponer un deber de tolerar —*fati*— o no hacer —*non facere*— que normalmente se califican como "servidumbres" pero que suponen verdaderos "límites institucionales del dominio", que tiene su razón en función del interés común —público— y son de indudable conveniencia o utilidad social, cuya manifestación más significativa en normas calificadas de administrativas, se justifica en la intervención del poder público y, singularmente de la Administración, en el mantenimiento y tutela de las mismas de modo que afectan y delimitan el contenido del derecho de propiedad por parte de quien lo ostente y que muchas veces son sujetos indeterminados, y, si tienen su expresión en tales normas, su *ratio* hay que situarla no sólo en la inmediatez de su exigencia, sino también en la efectividad tuitiva de los intereses amparados que no admiten dilaciones en su observancia, como se revela en la servidumbre que se contempla de "salvamento".

Este tipo de servidumbre, en cuanto que configuran la propiedad y no se derivan de una situación de colindancia o vecindad, no son susceptibles de "dispensación", porque su configuración tiene un valor *ex lege* que no pue-

den ser eliminados, pues, como hemos señalado y reiteramos, a riesgo de incurrir en tautología, tienen su razón de ser en un interés común y en la utilidad social de las mismas, interés y utilidad que se manifiestan y surgen cuando se presentan las circunstancias eventuales que las condicionan y establecen, sin que ello suponga desconocer la relación juridico-privada que se deriva de una titularidad dominical, pues lo que hace la norma es perfilar y definir el contenido de ese derecho en razón a la función social que por las circunstancias singulares de ubicación o de las características de un bien se establecen en base a ese interés general o en atención a acaecimientos especiales previstos que surgen con inusitada preteritoriedad, sin que ello suponga desconocer su carácter "privativo", pero por la naturaleza, función y razón teleológica que motiva la limitación, la norma que las establece, y la autoridad que debe velar por su aplicación y observancia, se atribuyen las cuestiones que se suscitan a la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con lo previsto y dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, con una intervención que, insistimos, no desnaturaliza la relación dominical, aunque sí los limitan; de ahí que las cuestiones de propiedad, no suscitadas en la presente litis, sigan atribuidas a la jurisdicción ordinaria.» (*Sentencia de 6 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 5690.*)

VII. PUERTOS

Competencias concurrentes. Competencia estatal en cuanto titular del dominio público, y competencia autonómica en tanto titular del servicio. El Estado mantiene la facultad de autorizar cualquier acto de ocupación.

«Hace referencia la sentencia apelada al conjunto normativo de aplicación al caso, ante el cual no es posible desconocer que, a pesar de que la competencia en materia de Puertos se hubiera transferido a la Generalidad de Cataluña, quedaba reservada al Estado la competencia en cuanto al dominio público de aquellos cuya titularidad le corresponde y, por tanto, el ejercicio de la facultad de autorizar cualquier acto de ocupación de aquél, por más que la Entidad autonómica ostentase la de afectarlo a un uso o servicio público.

Si, pues, es necesaria aquella conformidad, el exigido informe previo ha de tener un carácter vinculante que no cabe poner en duda, ni admisible es que se repunte inconstitucional —aunque entienda lo contrario la Generalidad apelante—, porque, por más que la norma que lo exige le dé aquella denominación, se trata de un auténtico consentimiento para aprovechar o usar de la cosa de dominio público, para destinarla a un servicio de igual naturaleza o para efectuar en él las obras que se pretendan, el cual podrá prestarse pura o simplemente o sometiéndolo a plazo o condición, por lo que quien lo solicite o acepta las condiciones exigidas por el que lo otorga, si las mismas no rebasan ese derecho de propiedad, o las decisiones que adopte prescindiendo de ellas han de considerarse contrarias a Derecho sin necesidad de más razones por la lógica y muy elemental de que, si no se iban a tener en cuenta, carece de sentido recabar la autorización, la que tampoco tendría por qué solicitarse si siempre hubiera de ser prestada sin posibilidad de imponer condición alguna a la obra que se proponía emprender.» (*Sentencia de 24 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6103.*)

VIII. POLICÍA

- A) *Auto-taxis. Revocación de licencias. Iniciado un expediente disciplinario por infracción de horario. Dicho expediente no puede desviarse hacia la comprobación de hechos distintos a los que lo originaron, en base a los cuales, por tanto, no puede revocarse la licencia de taxis por incumplimiento de sus condiciones.*

«La sentencia de instancia es criticada por la representación corporativa donostiarra alegando que en el expediente no existe alteración alguna determinante de una desviación del mismo, de tal forma que lo que se inició como un expediente disciplinario se haya convertido en uno de revocación de la licencia de auto-taxi por incumplimiento de las obligaciones inherentes a ella, pues desde el primer momento existe una coordinación y lógica en todas sus actuaciones, dándose, en todo caso, un exceso de celo por parte del instructor en orden a la comprobación de los hechos determinantes de la resolución debatida; pero estas alegaciones, hábilmente articuladas en el escrito donde se hallan contenidas, no pueden tomarse en consideración, por cuanto el Reglamento municipal, siguiendo la directriz trazada por el nacional, distingue entre los expedientes disciplinarios y los de renovación de la licencia, acentuando todavía la diferencia el municipal al regular dichos expedientes en secciones separadas; que en el caso de autos se inició el expediente como disciplinario es algo que resulta indudable, ya que ello resulta claro y concluyente del Decreto de la Alcaldía de 18 de enero de 1983, hallándose él relacionado con una infracción del horario asignado al titular de la licencia, de acuerdo con su declaración de 13 de noviembre de 1981, al haberse comprobado por la Policía Municipal que en las primeras horas del día 3 de enero de 1983 el taxi no era conducido por su titular, como era obligado con arreglo al horario señalado, sino por el asalariado don Isidro Q. F.; consecuencia de ello fue que el instructor designado, sin más actuaciones que la denuncia de la Policía, formula pliego de cargos por una simple infracción de Reglamento Municipal, en su artículo 17, dando traslado del mismo al recurrente en instancia, que niega los asertos de la Policía; cierto que en un orden natural de las cosas, las comprobaciones de la infracción deben preceder a la formulación del pliego de cargos y que con posterioridad a él y al escrito de descargos sólo caben hacer aquellas pruebas que resulten coherentes con el contenido del escrito de descargos, tanto tendentes a ratificar lo aseverado en los cargos, como a justificar la conducta del encartado en el expediente, tras de lo cual el instructor formulará la propuesta de resolución, que deberá remitir, con todo lo actuado, al órgano que ordenó la incoación para que tome la resolución pertinente o lo eleve al que compete la decisión —arts. 134 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo—; pues bien, en el caso de autos no se ha seguido esa línea de conducta por parte del instructor, pues, a partir de la formulación del escrito de descargos inicia una serie de actuaciones encaminadas no a la comprobación de la realidad acaecida en las dos primeras horas del día 3 de enero de 1983, única finalidad del expediente disciplinario, sino un seguimiento del titular de la licencia en fechas posteriores que, aunque trascendente en otro orden de cosas, resulta irrelevante en orden a la existencia o inexistencia de la falta acusada, habida cuenta que constituyen hechos distintos y, en realidad, nada coordinados con el hecho a depurar; en definitiva, el expediente sufre una desviación total respecto de su cometido específico sin decisión alguna que formal y legalmente lo autorice, lo cual implica para el recurrente una total indefensión, puesto que, como él afirma y recoge la sentencia de instancia, se le notifica una resolución, la revocación de la licencia, que ninguna relación guarda con el expediente incoado; todo ello determina la nulidad de

la mencionada resolución y de todas las actuaciones integrantes del desvío del expediente, sin perjuicio, naturalmente, de que, si existen causas suficientes para la apertura de un expediente de revocación de la licencia cuestionada, así se haga por la autoridad competente.» (*Sentencia de 17 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7378.*)

B) Seguridad privada.

Potestad del Gobierno de vigilancia y control de las Empresas de Seguridad privada. No existe falta de cobertura legal en la cancelación del correspondiente Registro.

Vid. XII. SANCIONES. B) Seguridad Privada. (*Sentencia de 21 de septiembre de 1899, Sala 1.ª, Sección 2.ª, Ar. 6361.*)

IX. SERVICIO PÚBLICO

Energía eléctrica. Suministro obligatorio a Ayuntamientos, sin posibilidad de interrupción por impago o retraso en el pago. Esta situación no supone violación del principio de igualdad, pues el trato desigual con relación a otras empresas no es irracional ni arbitrario, dada la naturaleza del servicio que se presta, y las compensaciones obtenidas por otras vías.

«La disyuntiva que plantea este proceso y los precedentes citados no puede zanjarse dentro del marco normativo legal y reglamentario que rige la distribución y suministro de energía eléctrica y la contratación con los usuarios (ya sean privados o entes públicos), ya que, elegido por la recurrente el cauce de la Ley 62/78 de protección de los Derechos Fundamentales de la persona, es forzoso decidir sobre la vulneración o no del principio de igualdad (art. 14 CE), causada por la imposición a Hidroeléctrica, S. A., de suministro de energía, sin tener en cuenta las deudas que el Ayuntamiento de Benicarló tendría contraídas con dicha Empresa. (Deudas no desmentidas, aunque según el Ayuntamiento citado podrían tal vez ser compensables con otras a cargo de la suministradora.) La posición de la parte actora puede resumirse así: La interpretación, a su juicio extensiva de la Ley de Contratos del Estado, y su Reglamento, el Reglamento de Contratación con las Corporaciones Locales y el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía (cuyos preceptos atinentes a la materia enjuiciada han sido detallada y cumplidamente examinados en cuanto a su contenido y alcance en las Sentencias de esta Sala de 23 de mayo y 13 de junio de 1989) es inadecuada para resolver la cuestión litigiosa y en cualquier caso la vulneración del principio de igualdad.

La disyuntiva entre el *sí* y el *no* de la vulneración del artículo 14 de la Constitución ha sido zanjada en la sentencia apelada en favor del primer miembro, señalando que la imposición de suministro eléctrico era en el presente caso "irracional y arbitraria", mientras que la negativa de la actora a prestarlo era un acto de la legítima defensa de quien, viéndose constreñido a no clegir sus clientes, no debe venir obligada a subvencionar a su costa *servicios* de la propia Administración, que con sus anteriores *deudas* demuestra no estar en condiciones de asumir (fundamento 6.º, párrafo final). Disentimos de esta conclusión. Ciertamente no es *irracional* ni arbitrario (tal vez la palabra irracional se ha deslizado en el texto en lugar de *irrazo-*

nable) imponer el suministro de electricidad a la única empresa que de hecho está en situación de darlo para la prestación de servicios públicos considerados hoy como indispensables. Es verdad que la contratación obligatoria para ciertas empresas supone desigualdad a la vez que una señalada excepción al principio de reciprocidad del artículo 1124 del Código Civil, pero esa desigualdad de trato de empresas claves para las prestaciones de servicios públicos no va sin compensaciones económicas en términos generales y, por otra parte, la contratación obligatoria es para casos como el que nos ocupa el derecho común» (*Sentencia de*

X. EMPRESA PÚBLICA

Doctrina general sobre la iniciativa económica pública en el marco de la Constitución y de la Comunidad Europea. Necesidad de que la Administración acredite la conveniencia para el interés público de crear una empresa pública para el ejercicio de actividades económicas concretas.

«El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada; pero el artículo 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; precepto, este último, que en la esfera local ha sido desarrollado por el artículo 86.1 de su ya aludida Ley básica de 2 de abril de 1985 al establecer que las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional *la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional* Y siendo esto así, no resulta acertada la tesis en la que insiste el apelante, de la supuesta ilegalidad de que el Ayuntamiento, con capital público, haya constituido una empresa privada para ejercer actividades económicas empresariales, y procede por tanto rechazarle este primer motivo de su impugnación de la sentencia recurrida.

Las anteriores afirmaciones deben sin embargo matizarse enseguida en un doble aspecto. Por un lado, *mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos* (art. 38 de la Constitución), *todas las actuaciones de los Organos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir* (art. 103.1 de la Constitución), *tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el artículo 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación. Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales* (art. 128.2 de la Constitución) *y de empresas privadas* (art. 38 de la misma) *en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las*

mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de tres meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común —arts. 93.3 del Tratado y 1.º, 1 del Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre—. En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado.

Las anteriores conclusiones jurídicas obligan ahora a analizar si la actividad empresarial que se propuso realizar la empresa mercantil con capital público cuya constitución aprobó el Acuerdo Municipal impugnado era o no de interés público; pues la justificación o el acreditamiento de la conveniencia y de la oportunidad de ejercer la iniciativa pública para llevar a cabo actividades económicas, son exigencias que imponen tanto con carácter general el artículo 103.1 ya citado de la Constitución, como de manera específica en el caso de actividades empresariales de las Entidades Locales, el artículo 86.1 también aludido de su Ley Básica de 2 de abril de 1985.

El artículo 3.º de los Estatutos de la Sociedad creada por el Acuerdo Municipal recurrido establece el objeto de la misma y señala textualmente que: "El objeto social de la Sociedad es la promoción, refuerzo y participación en actividades económicas y sociales que contribuyan al desenvolvimiento del entorno socioeconómico, potenciando iniciativas generadoras de riqueza y ocupación. Dentro de este objetivo social se comprenden, entre otras, las siguientes actividades: Promoción de iniciativas empresariales. Servicios y funciones de asesoramiento y de estudio en general. Elaboración de planes de viabilidad, de reconversión y de industrialización. Participación económica en proyectos empresariales. Participación no financiera en el desarrollo de iniciativas empresariales y sociales. Facilitar y participar en operaciones de capital-riesgo. Canalizar y gestionar directa o indirectamente los diversos tipos de ayudas, subvenciones y créditos normales o especiales, así como las ventajas que puedan existir de programas de fomento de la ocupación, de formación y de otros tipos, de interés para los proyectos que se desarrollen. Gestionar todo tipo de instrumentos y trámites necesarios para las actuaciones empresariales."

El examen del enunciado transcrito que forma el objeto de la Sociedad cuya constitución aprobó el acuerdo municipal impugnado pone en inmediata evidencia la ambigüedad, la inconcreción, la vaguedad, la generalidad, la imprecisión, la indefinición y la indeterminación de la concreta o concretas actividad o actividades que hubiese de desarrollar la nueva Sociedad; pues son prácticamente posibles todos los negocios y actividades dentro del omnicompreensivo enunciado general que reseña el objeto social del artículo 3.º

citado de los Estatutos, que no especifica ninguna concreta actividad o negocio que se vaya a realizar, sino sólo los indicados enunciados generales.

Esta total indefinición de las concretas actividades o negocios que la Sociedad que se aprobaba fuera a desarrollar, conculcaba evidentemente el principio de la especialidad de las empresas públicas que exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa al bien común que se cree y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas.

Pero en las constatadas condiciones de vaguedad y de imprecisión del objeto de la Sociedad a constituir y, por ende, de absoluto desconocimiento objetivo de sus futuras actividades empresariales, era claro que el Ayuntamiento de Barcelona no podía aprobar esta constitución aplicando, como le era ineludible aplicar, los ya mencionados artículos 103.1 y 31.2 de la Constitución y 86.1 de la Ley básica local, dado que *no estaba acreditada ni justificada de ningún modo la oportunidad o la conveniencia para el interés público de crear esta empresa pública para el ejercicio de actividades económicas.*» (Sentencia de 10 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7352.)

XI. LIBERTADES PÚBLICAS

A) Partidos políticos.

Financiación pública. No tiene derecho a la financiación pública otorgada para sostener la actividad de un partido político el que no participa en las instituciones parlamentarias.

«El examen de las actuaciones permite inferir que el objeto de este proceso viene constituido por la impugnación de la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud dirigida por la representación de la coalición electoral Herri-Batasuna, a la Dirección de Política Interior del Ministerio del Interior, al amparo del artículo 6.º de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, sobre normas reguladoras de los partidos políticos, para que se le hiciera efectiva la financiación correspondiente a los años 1979, 1980, 1981 y 1982, en consideración al número de votos populares y escaños obtenidos en las elecciones generales al Parlamento español, que tuvieron lugar en 1979.

No se trata de compensar los gastos producidos a la Agrupación recurrente por la campaña electoral, a que alude el Decreto-ley 20/1977, sino de una petición dirigida a sostener la estructura resultante de las elecciones parlamentarias de 1979, durante la actuación política de los electos dentro de la legislatura subsiguiente. Actuación que, como bien se dice en la sentencia apelada, había de desarrollarse en el ámbito específico en que los candidatos electos debían realizar normalmente su actividad; es decir, en el Parlamento, según se deduce de la interpretación lógica del artículo 6.º de la Ley 54/1978, efectuada en su propio contexto, en que se alude a escaños obtenidos, por supuesto parlamentarios, número de votos que los respaldaron para cada una de las dos Cámaras y carácter anual de las percepciones, refiriéndose implícitamente a la duración de la legislatura. Lo que se corrobora contemplando el precepto cuestionado bajo el prisma de la Constitución en cuanto que el artículo 1.º p. 2 y 3, proclama que la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria, y que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado,

y el artículo 66 de esa Suprema Norma, constituye a las Cortes Generales como representación directa del pueblo español y órgano de ejercicio de la potestad legislativa, que es la más relevante forma de actuación política y manifestación del ejercicio de la soberanía. De ahí que sea por demás correcta la conclusión a que llega la resolución judicial impugnada, cuando declara que siendo un hecho notorio que la coalición recurrente ha mantenido a lo largo de la legislatura a que se refiere el pleito, una actitud de absoluta ausencia física en la actuación del Parlamento español, que desembocó en la negativa al acatamiento formal de la Constitución, como tal actitud no puede calificarse como actividad política efectiva, o funcionamiento ordinario de partidos políticos, no cumplía la coalición los requisitos implícitos en el artículo 6.º de la Ley 54/1978, que invocaba para fundar su petición; por lo que no podía ser estimada su solicitud de financiación, ni puede ser acogida la apelación, que no hace sino reiterar las cuestiones suscitadas ante la Audiencia Nacional. Debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia, por su adecuación a Derecho.» (*Sentencia de 20 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5557.*)

B) Extranjeros.

La aplicación de los derechos contenidos en el artículo 24 CE a los extranjeros puede exigir en ocasiones la actuación de un intérprete titulado, cuya ausencia en ciertos trámites de un procedimiento administrativo sancionador puede determinar la nulidad de todo lo actuado.

«Establecido por el artículo 24.2 de la Constitución, el principio de presunción de inocencia para "todas las personas", esta presunción no sólo afecta a los españoles, sino también a los extranjeros, quienes, según el artículo 13 de la propia Constitución, gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero, entre los que está incluido el artículo 24 anteriormente indicado. Frente a esa presunción de inocencia no pueden prevalecer meras presunciones de culpabilidad, sino pruebas concluyentes que la destruyan. Aparte de lo que antecede, el mismo artículo 24 reconoce como derecho fundamental de las personas el de ser informado de la acusación formulada contra ellos.

En el presente caso nos hallamos ante la presunta infracción de contrabando, que se dice cometida por diversas personas, entre ellas el hoy apelante, que se hallaba en funciones de Capitán del buque "South Cross", en el que fueron halladas por los Guardianes españoles un total de 1.783.500 cajetillas de tabaco rubio marca "Winston". Pues bien, las numerosas cuestiones sobre las que se insiste en el presente recurso de apelación, obligan a examinar aquellas que, teniendo cierta entidad, pueden determinar la nulidad de los actos que la sentencia impugnada confirmó, sea por razones de forma, sea por otras posteriores de fondo.

La primera de las cuestiones que no ha quedado acreditada es la posición en la que se hallaba el buque "South Cross" en el momento de su aprehensión, esto es, si lo era en aguas jurisdiccionales españolas o fuera de ellas, circunstancia esencial para que pueda hablarse de infracción de contrabando, ya que la prueba contradictoria practicada a instancia del apelante pone serias dudas sobre este punto. La segunda de las cuestiones, de tanta importancia como la anterior, es que, tratándose como se trataba, de ciudadanos extranjeros —de nacionalidad griega o chipriota— no se menciona en ningún lugar que las declaraciones que prestaron lo fueran mediante intérprete con titulación adecuada, sino que únicamente se hace constar que un marinero hondureño, conocedor del griego, sirvió de intérprete —folios 8 al 12, 388 vuelto— en sus primeras declaraciones y sólo en una de las prestadas en la vista

ante el Tribunal Provincial de Contrabando. Finalmente, si bien consta en autos que todos los sancionados y entre ellos el apelante, fueron debidamente citados para el acto de la vista ante el Tribunal Provincial de Contrabando, para la celebración del correspondiente acto público, y que en estas citaciones se hacía referencia a que lo eran como autores de una infracción de contrabando de mayor cuantía, tal citación no puede ser calificada de "información de la acusación formulada contra ellos", al no constar ni el hecho imputado ni su grado de participación ni la sanción que a cada uno podía corresponder.

Cada uno de estos motivos por separado, y los tres conjuntamente con mayor razón, hacen que esta Sala aprecie una infracción clara de preceptos de rango constitucional, productores de indefensión del apelante, a lo que debe de agregarse la ausencia del Cónsul de su país, que el mismo hace constar en su escrito, autorizado por el propio Consulado, y sobre cuyo punto nada consta en el acta de la vista ante el Tribunal Provincial ni en las actuaciones anteriores. La Sala es consciente de las dificultades que pueda ofrecer, a veces, aprehensiones como la que origina este recurso, así como el grave perjuicio que para el Erario Público ocasionan infracciones de contrabando de la entidad de la imputada al apelante. Pero no es menos consciente de que para la sanción de tales infracciones, deben de ser observados los principios que garantizan la defensa de los inculpados, y, sobre todo, el respeto a derechos que la Constitución proclama, y que deben de ser observados en todo momento y lugar, y por toda clase de autoridades y funcionarios, que deben de tenerlos presentes al cumplir su misión, recabando la dotación de los medios personales y materiales indispensables para cumplir su misión, con la observancia de las garantías constitucionales.» (Sentencia de 23 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6490.)

C) Ejercicio profesional. Médicos.

La libertad de prescripción del médico forma parte de la libertad constitucional de ejercicio profesional, por lo que la idoneidad de sus prescripciones, aun en el ámbito de la Seguridad Social, no puede ser sometida a evaluación mediante una circular, ya que rige plenamente la reserva de ley en esta materia.

«Todo lo dicho permite sostener que la libertad de prescripción del Médico que es una auténtica manifestación de la libertad de ejercicio profesional consagrado en el artículo 36 de la Constitución, no puede ser restringida, en modo alguno que ni por una resolución o circular de un Director Provincial del INSALUD, ni por un reglamento de la Administración —y así lo ha proclamado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo—. Sólo la Ley puede restringir esa libertad fundamental.

Y así el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 24 de julio de 1984 (R. T. Const. 83), establece que "el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado y como tal ha de ser reservado", y "su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo". Y más tarde en la Sentencia 42/1986, de 10 de abril (R. T. Const. 42), que en su fundamento jurídico 1 dice: "Conviene por ello centrarse en la primera parte del artículo 36 de la Constitución, que contiene fundamentalmente una reserva de ley en punto... al ejercicio de las profesiones tituladas. La garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales."

También el Tribunal Supremo había proclamado aquel principio, primero en la Sentencia de 23 de enero de 1984, después en la de 26 de diciembre de 1986.

En consecuencia, el acuerdo impugnado no puede limitar aquella libertad, pues tal función sólo compete al legislador. Puede admitirse que tal derecho fundamental esté sometido a límites, ya que ningún derecho es ilimitado; lo que no es admisible es regular o establecer aquellos límites por normas que ni siquiera son reglamentarias y que, además, son contrarias a las normas que regulan el ejercicio del derecho fundamental.

Por último, debe subrayarse que *una cosa es controlar e inspeccionar la labor del Médico de la Seguridad Social* (para lo que si está capacitada la Administración de la Seguridad Social, según el apelante) *y otra muy distinta es ordenar cómo debe ejercer el Médico su profesión al valorar si ha prescrito de forma idónea. Porque la idoneidad o no del Médico para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración por la vía de dictar actos, resoluciones, circulares o instrucciones.*» (Sentencia de 18 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7411.)

XII. SANCIONES

- A) *Prescripción (Recurso de Revisión). El derecho penal debe aplicarse supletoriamente, y dentro de este ordenamiento se aplicará el plazo de prescripción de dos meses o de cinco años, según la importancia de la sanción a aplicar.*

«Finalmente, y en cuanto al plazo de prescripción, la posición mantenida por esta Sala en las ya mencionadas Sentencias de 29 de noviembre y 14 de diciembre de 1988, puede resumirse así:

A) *El silencio de la normativa sancionadora en punto a la prescripción debe resolverse aplicando esta figura jurídica con el plazo que en principio pueda derivar de la propia regulación jurídico-administrativa en otras materias, dado que el Derecho Administrativo, en cuanto Derecho Común y General de las Administraciones Públicas, aparece informado por principios dotados de fuerza expansiva, de suerte que sus lagunas han de cubrirse utilizando los propios criterios del Derecho Administrativo* —Sentencia de 13 de mayo de 1988—.

B) *El Derecho Penal aparece así, en la materia sancionadora, como un Derecho supletorio de segundo grado al que habrá que acudir en razón de la unidad esencial del ordenamiento jurídico. En este terreno, en cuanto a la aplicación del artículo 113 del Código Penal, existen dos direcciones jurisprudenciales, pues unas veces se invoca el plazo de dos meses previsto para las faltas como pertinente en todo supuesto* —Sentencias de 1 de julio de 1985, 3 de febrero y 21 de abril de 1987, 7 de marzo de 1988, etc.— *y otras atendiendo a la entidad de la sanción administrativa se estima de aplicación el plazo correspondiente a su gravedad, que llega a ser así el de cinco años* —Sentencias de 26 de junio, 6 y 7 de julio de 1987—.

El examen de estas dos direcciones jurisprudenciales conduce a la conclusión de que se ajusta más a la realidad la línea matizada que señala que *el plazo ha de variar "según la importancia de la sanción a aplicar"*.

En conclusión, "debe rechazarse la pretensión del particular de querer encontrar amparo en una prescripción bimensual frente a una conducta que el ordenamiento administrativo sanciona con quinientas mil pesetas" de multa —Sentencias de 29 de noviembre y 14 de diciembre de 1988—.

Habiéndose ajustado a esta doctrina la sentencia recurrida procedente será la desestimación del recurso de revisión.» (*Sentencia de 17 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5977.*)

B) Seguridad privada.

La potestad gubernativa de cancelar la inscripción en el correspondiente Registro de Empresas Privadas de Seguridad no constituye una sanción en sentido estricto, por lo que una eventual falta de cobertura legal de dicha potestad no lesiona el derecho fundamental del artículo 25 CE.

«La recurrente invoca en su primer escrito el artículo 24.1 de la Constitución española (indefensión en el expediente administrativo), extendiendo en la demanda esa invocación al núm. 2 del mismo (presunción de inocencia) y el artículo 25.3 de la expresada Constitución, aunque los razonamientos de la demanda se refieren implícitamente al núm. 1 de este último precepto, es decir, a la falta de cobertura legal conforme a las exigencias constitucionales.

El hecho fundamental que se esgrime en el expediente consiste en que la empresa recurrente que había obtenido el registro de la misma como empresa de seguridad de ámbito superprovincial —acreditando contratos o precontratos de personal que alcanzaban al menos el número de 25 vigilantes— solamente mantenía contratados en la fecha 1 de marzo de 1987 en que se verificó la inspección, nueve vigilantes jurados y un guardia de seguridad. Este hecho, comprobado con el examen de la documentación examinada durante la inspección mencionada, no ha sido nunca desmentido, porque no formuló pliego de descargos cuando se le dio el oportuno traslado, y además en el escrito presentado al comunicarle la propuesta de resolución, admite el hecho, aunque lo califica de "coyuntural" y transitorio. Por otra parte, cuando se le ofreció la oportunidad de acreditar haber remediado la situación existente no aportó prueba alguna ni solicitó nuevas investigaciones de la Administración al respecto. Bastan estos datos extraídos del expediente para concluir que no se ha producido infracción alguna del artículo 24 de la Constitución española.

No cabe duda de que la creación y estatuto de entidades privadas de seguridad no constituye ningún derecho fundamental, y si tales actividades de empresas privadas son permitidas por Ley ordinaria y por reglamentos, esta autorización se ha de entender subordinada al permanente control y vigilancia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo la dependencia del Gobierno —art. 104 de la Constitución española y arts. 1.º y 12 de la Ley Orgánica 2/86—. Por ello, tanto la primera inscripción en el Registro Especial de tales Entidades privadas de seguridad como la constante vigilancia de la persistencia de los requisitos que condicionan el funcionamiento de las normas constituye un ejercicio lícito y obligado de las potestades del Gobierno. De ahí que las decisiones de éste respecto a inscripción de empresas privadas de seguridad (por reunir los requisitos exigidos) o cancelación de la misma (por no mantenerse los expresados requisitos) son difícilmente calificables como sanciones no previstas por Ley prohibidas en el artículo 25.1 de la Constitución, porque se trata del ejercicio de potestades indelegables para el mantenimiento de la seguridad pública. El Acuerdo del Gobierno es en rigor una medida tomada para garantizar la seguridad pública, y en cuanto tal es lícita y no infringe derechos fundamentales. En su parte dispositiva no menciona que se trate de una sanción, aunque el expediente se tramitó con las garantías previstas para caso de sanciones, esto, que por lo demás supuso un plus de oportunidades de defensa para la Empresa recurrente,

no desnaturaleza el objetivo primordial del acto enjuiciado de velar por el cumplimiento inexcusable de sus deberes en lo que afecta a la seguridad pública. De todo lo anterior concluimos que tampoco se puede apreciar la infracción del artículo 25.1 de la Constitución porque el Acuerdo impugnado tiene suficiente cobertura legal.» (*Sentencia de 21 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 6381.*)

C) *Extranjeros. Necesidad de intérprete titulado.*

Vid. XI. LIBERTADES PÚBLICAS. B) *Extranjeros.* (*Sentencia de 23 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6490.*)

XIII. PROCEDIMIENTO

Procedimiento disciplinario y revocación de licencias de auto-taxi.

Vid. VIII. POLICÍA. A) *Auto-taxis.* (*Sentencia de 17 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7378.*)

XIV. URBANISMO

A) *Suelo urbano. Cesiones obligatorias y gratuitas. Son únicamente las previstas en el artículo 83.3.1.º de la Ley del Suelo y 46.1 y 2 del Reglamento de Gestión, sin que el Plan General pueda exigir otras cesiones o cesiones distintas de las enumeradas en los preceptos citados de forma exhaustiva y taxativa.*

«Dícese que se ha de delimitar la futura Unidad de Actuación y de realizar la reparcelación económica dentro de ella, para obtener gratuitamente el suelo de las dotaciones públicas o equipamientos; pero no se hace ninguna distinción entre ellos, con lo cual resulta que tanto los terrenos de los Sistemas Generales como los de los locales que no queden al servicio del Polígono o de la Unidad de Actuación, lo mismo que los terrenos destinados a dotaciones institucionales, administrativas, culturales, asistenciales, sanitarias, centros de rehabilitación, de enseñanza técnica, guarderías, etc., se exigen por cesión gratuita. Sin embargo, ninguno de estos terrenos de los Sistemas Generales o de los demás indicados, ajenos al artículo 83.3.1.º de la Ley del Suelo, son de cesión obligatoria y gratuita por sus propietarios, como lo confirma el artículo 46.1 y 2 del Reglamento de Gestión Urbanística, ya que como explicó ampliamente la Sentencia de este Tribunal de 21 de diciembre de 1987 en sus fundamentos jurídicos quinto y noveno, en caso análogo, el Plan General no puede exigir a los propietarios del suelo urbano la cesión obligatoria y gratuita de todos los expresados terrenos para destinos públicos, pues las cesiones gratuitas y obligatorias en el suelo urbano las fija taxativamente el indicado artículo 83.3.1.º de la Ley (reiterado en el 46.2 del Reglamento de Gestión Urbanística), sin que el Plan pueda exigir otras cesiones o cesiones distintas de las enumeradas en estos preceptos, ya que los mismos contienen la enumeración exhaustiva y taxativa de las cesiones gratuitas exigibles al suelo urbano en tope máximo que el Plan no puede rebasar; siendo, por tanto, también impropcedente exigir en el presente caso aquel pago a cuenta de una reparcelación para obtener gratuitamente suelos respecto a

los que no es exigible tal cesión; por lo que también por eso es confirmable el fallo apelado; y sin que altere esta conclusión el artículo 67 de la Ley de Régimen Especial para el Municipio de Madrid, texto articulado aprobado por Decreto de 11 de junio de 1963, puesto que con haber sido dictada durante la vigencia de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y haber quedado profundamente afectada por la de 9 de abril de 1976, como indica la tabla de vigencias de ésta, las disposiciones del indicado artículo no podrían constituir tampoco ningún amparo para legitimar la imposición de las indicadas cesiones ni para instrumentalizar la también expresada reparcelación compensatoria.» (*Sentencia de 20 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4869.*)

B) Gestión.

1. *Unidades de actuación. Cuestionada judicialmente la viabilidad de las unidades de actuación en suelo urbano diseñadas en el Plan, incumbe a la Administración demostrar que las mismas cumplen los requisitos legales y que los terrenos de cesión obligatoria quedan al servicio de la propia unidad.*

«La ejecución del planeamiento no tiene como finalidad exclusiva la de convertir el "dibujo" que aquél traza en una realidad, sino también la de llevar a cabo la distribución equitativa de las cargas y beneficios del planeamiento —art. 87.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo—.

Por ello, *aunque la unidad de actuación sea un polígono "devaluado" ha de cumplir el requisito de hacer posible aquella distribución —arts. 117.3 del Texto Refundido y 36.3 del Reglamento de Gestión— y sobre esta base ha de destacarse que los terrenos a ceder obligatoria y gratuitamente han de quedar al servicio del polígono o unidad de actuación —art. 83.3.1.º del Texto Refundido y Sentencia de 20 de junio de 1989—.*

No ocurre esto en el supuesto litigioso.

Las unidades de actuación que la sentencia de instancia ha anulado, por su escasa extensión —folios 181 a 202 del volumen 19— permiten pensar fundadamente que *las cesiones previstas van a operar también en beneficio de otros propietarios cuyos terrenos quedan fuera de la unidad de actuación.* Así lo indicaba ya el informe emitido por la Dirección Provincial de Política Territorial e Infraestructura de Cádiz —folios 111 y siguientes de la carpeta núm. 4, más concretamente los 120 y 121—, siendo de añadir que las afirmaciones que se hacen en el volumen 26 de contestación a las alegaciones respecto de la viabilidad de las unidades de actuación por su carácter genérico carecen de fuerza convincente bastante para desvirtuar las ideas expuestas.

No se olvide que es la Administración la que soporta la carga de probar la legalidad de su actuación: *la presunción de legalidad de sus actos —art. 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo— desplaza sobre el administrado la carga de accionar para impedir que el acto devenga firme y consentido, pero una vez que aquél formula su recurso, la carga de la prueba se reparte de acuerdo con las reglas generales. Y cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca: es la Administración que traza una Unidad de Actuación la que ha de demostrar que ésta cumple los requisitos legales. La consecuencia expuesta se intensifica si se recuerda el principio de la buena fe que en su vertiente procesal matiza las reglas generales de la carga de la prueba con el criterio de la facilidad y que atiende a la determinación de a cuál de las partes le ha de resultar más sencilla tal prueba: es claro que la Administración, con su pleno conocimiento del Plan que ha redactado, y con los equipos de técnicos de que dispone no debería tener dificultades para el pleno acreditamiento del dato que ahora se examina.*

En último término, será de advertir que la anulación de las unidades de

actuación que ahora se confirma siempre permitirá a la Administración delimitar otras o realizar actuaciones aisladas mediante la expropiación forzosa incluso con contribuciones especiales —art. 145 del Texto Refundido—.» (Sentencia de 23 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7470.)

2. *Reparcelación discontinua. No pueden exigirse cantidades a cuenta, ni denegarse la licencia de edificación, aduciendo una pretendida reparcelación económica cuando no se ha delimitado, tramitado ni aprobado el Polígono o Unidad de Actuación correspondiente.*

«Lo primero que aparece del análisis del transcrito informe del Jefe de la Sección de Reparcelaciones Económicas y Sistemas Generales del Ayuntamiento de Madrid, y de los mismos actos impugnados, es que se están percibiendo cantidades a cuenta de una pretendida reparcelación económica sin haberse siquiera delimitado, tramitado ni aprobado el Polígono o la Unidad de Actuación correspondiente, sin la delimitación de la cual no hay unidad reparcelable —arts. 97.1, 98.1, 99.1.a) y 102 de la Ley del Suelo y sus correlativos 71.1 y 4.77.1 y 2, 79, 85.1, 89.1 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística; y es claro que sin unidad reparcelable previamente delimitado, tramitado y aprobado, no puede haber reparcelación alguna (ni material ni económica), ni se puede cobrar cantidad alguna a cuenta de una reparcelación inexistente y respecto a la que incluso se desconocen datos tan fundamentales como las fincas que incluirá y cuándo se realizará; por lo que obviamente debe declararse nula una resolución como la impugnada, que en las indicadas condiciones exige el pago a cuenta de una reparcelación inexistente, ya que falta el indispensable instrumento que legitime este cobro. Por esta razón, ya podemos concluir en la patente improcedencia del cobro a cuenta de la liquidación provisional que se combate, y en la subsiguiente pertinencia de anular las Resoluciones recurridas (ya anuladas debidamente por la Sala Territorial, aunque lo ha hecho por fundamento distinto).

La licencia de edificación del solar de que se trata ni estaba ni podía estar suspendida, y por tanto no podía denegarse, por razón de esta futura reparcelación (como también pretendían las Resoluciones impugnadas), ya que por causa de una reparcelación las licencias se suspenden a la iniciación de su expediente (arts. 98.2 de la Ley del Suelo y 104.1 del Reglamento de Gestión Urbanística), y este expediente no comienza hasta que se ha aprobado la delimitación del Polígono o de la Unidad de Actuación correspondiente —arts. 98.1 de la Ley del Suelo y 77.1 y 2 y 101.1.a) del Reglamento de Gestión—; y como que en el presente caso (según el aludido Informe del folio 13 del expediente) no hay aprobado Polígono ni Unidad de Actuación alguno, es evidente que no estaban ni podían estar suspendidas las licencias de edificación en el solar que nos ocupa como erróneamente consignaron las Resoluciones de la Gerencia impugnadas; y éstas eran por consiguiente nulas, tanto en cuanto exigían el pago a cuenta de la repetida y no legitimada reparcelación económica, como en cuanto establecían la denegación de la licencia si no se pagaba a cuenta de dicha reparcelación; por lo que también por eso se debe confirmar el fallo de la sentencia recurrida.» (Sentencia de 20 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4869.)

3. *Reparcelación económica. Carácter subsidiario de esta técnica, exigiéndose, además, que las transferencias de aprovechamiento entre polígonos discontinuos en suelo urbano se realice a través de reparcelaciones voluntarias.*

«Conforme a los artículos 125.2 de la Ley del Suelo y 74 del Reglamento de Gestión Urbanística, la reparcelación económica es subsidiaria y únicamen-

te procedente cuando no es posible llevar a la práctica la reparcelación material de los terrenos por estar ya edificado conforme al Plan más del 50 por 100 de la superficie edificable del Polígono o Unidad de Actuación de que se trate; y en el presente caso, o se incluyen en el pretendido Polígono o Unidad de Actuación sólo solares no edificados (supuesto en el cual no es procedente ni posible la reparcelación económica según aquellos preceptos), o se incluyen también en dicho pretendido Polígono o Unidad de Actuación terrenos edificados; mas en este último supuesto no aparece, ni consta, al no estar delimitada la Unidad de Actuación, si cumple el requisito de estar edificado conforme al Plan más del 50 por 100 de su ámbito; ante lo cual no resulta tampoco posible planear ni plantear una subsidiaria reparcelación económica, ni podían en consecuencia cobrarse cantidades a cuenta de ella.

Esta Sala, en Sentencias de 22 de julio de 1981 y 4 de mayo de 1982, y en parte también en la ya citada de 21 de diciembre de 1987, contempló la posibilidad de fijar un aprovechamiento tipo en el suelo urbano y de establecer transferencias de ese aprovechamiento de modo similar a lo que se hace con el aprovechamiento del suelo urbanizable programado. Y en estas sentencias se trató también la posibilidad de que estas transferencias de aprovechamiento pudieran realizarse mediante la delimitación de Polígonos discontinuos, según previene el artículo 78.3 del Reglamento de Gestión Urbanística que desarrolla el 124.1 de la Ley del Suelo. Pero esta jurisprudencia precisó también, de conformidad con lo que se señala en los indicados preceptos, que las transferencias de aprovechamiento mediante Polígonos discontinuos en suelo urbano han de hacerse por medio de reparcelaciones voluntarias; y ello, indudablemente, porque prácticamente en la casi totalidad de los supuestos, en los polígonos discontinuos las dotaciones públicas no quedan al servicio del Polígono o de la Unidad de Actuación que las asume, y en tal evento los suelos de esas dotaciones no son de cesión gratuita y obligatoria según los artículos 83.3.1.º de la Ley del Suelo y 46.2 del Reglamento de Gestión si no fueran cesiones voluntarias hechas en reparcelaciones voluntarias. Y según los artículos 98.3.a) de la Ley del Suelo y 106.1 y 115.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, reparcelación voluntaria es la que proponen los dos tercios de los propietarios del Polígono o de la Unidad de Actuación, que representan como mínimo el 80 por 100 de la Unidad reparcelable, es decir, del Polígono o de la Unidad de Actuación; y es de ver que en el presente caso no hay ninguna reparcelación voluntaria, ya que no hay propuesta de ella presentada por las dos terceras partes de los propietarios que representen al menos el 80 por 100 de la unidad reparcelable, dado que, como ya hemos visto, ni siquiera hay unidad reparcelable, y no se sabe, por tanto, quiénes son los propietarios de ella; ante lo cual es manifiesto que, en las condiciones expuestas, no es viable la planteada reparcelación económica en Polígonos discontinuos que constituye la base o fundamento de la liquidación provisional que se debate que debe por consiguiente anularse por estos fundamentos y confirmarse el fallo de la sentencia apelada.» (Sentencia de 20 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 4869.)

C) *Expropiación forzosa en aplicación del artículo 69 de la Ley del Suelo.*

Vid. V. EXPROPIACIÓN FORZOSA. (Sentencia de 27 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5656.)

D) *Disciplina.*

Habiéndose solicitado por el particular la legalización de una obra que excedía de la licencia concedida, la Administración no puede dictar la orden de demolición de lo excedido sin antes haberse pronunciado de forma expresa sobre la legalización solicitada.

«Habiendo quedado y sido declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Pontevedra contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña, y no insistiendo el apelante don Ruperto D. C. en las causas de inadmisibilidad que por iguales motivos que aquél opuso al recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia contra la denegación presunta por silencio administrativo de las peticiones que efectuó a dicho Ayuntamiento en el escrito presentado el 10 de diciembre de 1984 y que fueron rechazadas por la Sala de instancia, aunque su decisión no fuese llevada al fallo de su sentencia, sin que, por otra parte, resulte procedente una estimación de ellas en actuación de oficio, el ámbito de la presente apelación ha de precisamente circunscribirse al examen de la legalidad del acto impugnado, presuntamente denegatorio de la ejecución del acuerdo del aludido Ayuntamiento de fecha 27 de abril de 1984 en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se dispuso requerir a don Ruperto D. C. para que en el plazo de un mes procediese a la demolición de la obra no legalizada, con la advertencia, para en su caso de incumplimiento, de realizarse por el Ayuntamiento a su costa. Está fuera de lugar, por consiguiente, toda la segunda parte del escrito de alegaciones de dicho apelante, en cuanto dedicada a argumentar sobre la procedencia o improcedencia de la demolición de lo construido por razones exclusivamente de fondo, pues ello constituye en realidad una cuestión extraña por completo al contexto del recurso contencioso-administrativo planteado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia y propio del preparado por don Ruperto D. C. contra el expresado acuerdo por medio del Recurso de reposición interpuesto contra el mismo el 8 de junio de 1984 y que aún no ha sido resuelto.

Ciertamente, y de ello son expresión los artículos 361 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y 51 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, así como los artículos 44, 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, los actos de la Administración son inmediatamente ejecutivos sin perjuicio de los recursos administrativos que se interpongan contra los mismos, salvo que a instancia de parte o de oficio se acuerde la suspensión de su ejecución, y, por consiguiente, pudiera afirmarse en principio que la actitud del Ayuntamiento de Pontevedra contraviene al Ordenamiento jurídico al no dar cumplimiento a su Acuerdo de 27 de abril de 1984, pese a la petición efectuada al respecto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia, y que a la Jurisdicción le correspondería declararla no ajustada a Derecho, anular el acto en que presuntamente se denegó cumplirlo e imponer la adopción de la medida interesada por dicho Colegio, en el ejercicio de su función revisora de la actuación administrativa. Mas en el caso presente concurren dos circunstancias que esa en principio ilegal actitud no lo sea y que por ello deba desestimarse el recurso del Colegio actor, sin que por lo mismo éste queda desasistido de todo derecho ante el Ayuntamiento, ante el que podrá instar lo conducente a que la situación creada sea lo más rápidamente resuelta. Son tales circunstancias, en primer lugar, la de que don Ruperto D. C., notificado que fue del decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Pontevedra de 5 de octubre de 1983, dictado de conformidad con el párrafo primero del artículo 184 de la

Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, solicitase el 18 de dicho mes y año al amparo del párrafo segundo de ese artículo la legalización de lo que construía excediéndose de la licencia que le había sido otorgada el 23 de noviembre de 1982, sin que por parte del Ayuntamiento se llegase a adoptar acuerdo alguno al particular, ya que el de 28 de abril de 1984 no fue tomado en el expediente abierto por la solicitud, sino en el sancionador correspondiente a la infracción urbanística cometida y sin relación con aquél, incurriéndose con ello en una notoria vulneración de lo dispuesto en el párrafo tercero del citado artículo 184, precepto del que se infiere que solicitada por el interesado la licencia legalizadora queda diferida la posible demolición al correspondiente enjuiciamiento administrativo de la solicitud de licencia, sólo denegada la cual será procedente disponerla. Y, en segundo término, la no resolución del recurso de reposición que don Ruperto D. C. interpuso contra el Acuerdo de 27 de abril de 1984, resolución a la que tiene un innegable derecho, y durante cuya pendencia indudablemente el Ayuntamiento actuó de forma tácita su potestad de suspender la ejecución del mismo con una elemental cautela ante los inconvenientes que una precipitada actuación ejecutiva sustitutoria podría acarrearle, dada su incorrecta forma de proceder al decretar una demolición sin antes haberse pronunciado sobre la legalización de lo mandado derribar y la previsión de que tuviera que volver de su acuerdo, sin que pueda con certeza afirmarse un abandono por su parte, rayano en la dejación de funciones propias, cuando del correspondiente expediente se deduce que nunca cesó en su tramitación, siquiera ésta no haya sido todo lo rápida que las circunstancias demandaban.» (Sentencia de 22 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6601.)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) Inadmisibilidad.

La orden de demolición de unas obras como consecuencia de la previa denegación de licencias, con apercibimiento de demolición en caso de no legalización de las obras, constituye reproducción de otro acto anterior y firme, e incluso simple ejecución del mismo, por lo que no es recurrible por motivos referidos a la denegación de licencia.

«Constatada la construcción de la obra objeto de la litis sin licencia que la amparase, y acordada la paralización de la misma y requerido el interesado para que solicitase la pertinente licencia, el recurrente instó la legalización de las mismas, que, después del correspondiente informe del Aparejador Municipal, fue denegada por Resolución de 10 de julio de 1984, sin que fuese impugnada esta decisión, por lo que la orden de demolición debe reputarse como mera ejecución del acuerdo denegatorio de la legalización, consentido y firme, pues como tiene declarado esta Sala —Sentencias de 29 de octubre de 1984 y 15 de octubre de 1986— *el procedimiento establecido por el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se integra por dos fases distintas, de las cuales la primera culmina con el acuerdo de suspensión de las obras y requerimiento al promotor para que solicite licencia en el plazo de dos meses, bajo apercibimiento de demolición a su costa si no lo hiciere, que naturalmente podrá ser objeto de impugnación, con posibilidad de discutir la procedencia o no del acuerdo de suspensión, si las obras de suspensión son o no de las que exigen la previa licencia que se le ordenó solicitar, etc., y la segunda a la que se refiere el apartado tercero del mismo artículo en que se acuerda la demolición por el simple transcurso del plazo fijado sin haberse instado la licencia, que tam-*

bién puede ser objeto de impugnación, pero referida únicamente a cuestiones relacionadas con la demolición ordenada, sin que pueda traerse a colación cuestiones que pudieron y debieron plantearse con anterioridad; situación plenamente aplicable al artículo 185, en el que también existe una primera fase para que el promotor solicite en el plazo de dos meses la oportuna licencia y una segunda, en el supuesto de que no se solicitase dicha autorización o se denegase la misma por ser su otorgamiento contrario a las prescripciones del Plan o de las ordenanzas, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

En el presente caso, el Acuerdo municipal de 26 de marzo de 1984 requiriendo al interesado para que en el plazo de dos meses solicitase la oportuna licencia municipal ya contenía decisión municipal de demoler la obra, siquiera su ejecución se condicionara a que en el citado plazo no se solicitase la licencia o la misma fuera denegada, por lo que cumplida aquella condición, la demolición, como dice la citada Sentencia de 15 de octubre de 1986, es una consecuencia legalmente insoslayable, no sólo cuando transcurra el referido plazo sin atender al requerimiento, sino también cuando, después de solicitada la licencia, la legalización no proceda, como en este caso ha ocurrido, sin que el recurrente impugnase dicha denegación, que devino consentida y firme, por lo que las alegaciones formuladas en esta apelación oponiéndose a dicho acuerdo denegatorio, debieron ser formuladas en su momento, pues en el actual únicamente son factibles las relacionadas con el acuerdo de demolición, que constituye el objeto de la presente litis.» (Sentencia de 23 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7472.)

B) Procedimiento especial del artículo 118 LJ.

En la impugnación por el Estado de acuerdos locales, en virtud del artículo 65 LBRL, debe seguirse el procedimiento contencioso ordinario.

Vid. IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL. B) Impugnación de acuerdos. (Sentencia de 13 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 6336.)

C) Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

Habiéndose interpuesto con carácter potestativo un recurso de reposición, que es resuelto expresamente, el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo especial debe contarse a partir de la notificación de aquella resolución.

«Si bien el recurso de reposición previo al contencioso no es obligatorio para acudir al procedimiento especial que regula la Ley 62/78 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, tampoco se prohíbe en dicha ley su interposición, por lo que interpuesto éste y resuelto el mismo expresamente, que es lo que ocurre en el caso, es desde su notificación legalmente hecha desde cuando hay que computar el plazo que para interponer el recurso ordena su artículo 8.º; así lo explican con mayor extensión las Sentencias de este Tribunal de 28 de abril de 1988, 30 de abril y 9 de diciembre de 1987, 10 de diciembre de 1986 y 16 de abril de 1985, entre otras; la Sala de instancia no lo entiende así y concluye en que el recurso ha sido extemporáneamente interpuesto, acogiendo la excepción propuesta al respecto por la Abogacía del Estado, porque estima que, con reposición o sin ella, el cómputo ha de hacerse a partir de la notificación de la resolución originaria haciendo una lectura literal del mencionado artículo 8.º

y en interpretación no acorde con el artículo 24 de la Constitución con el que se puede y se debe eliminar toda interpretación de preceptos que conduzca a dificultar una tutela judicial efectiva, que es principio general inspirador de todo el ordenamiento procesal; así es que no cabe más remedio que revocar la sentencia apelada que acogiendo la inadmisibilidad propuesta deja de considerar el fondo de la cuestión.» (*Sentencia de 21 de septiembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 6364.*)

XVI. RESPONSABILIDAD

A) *Imputabilidad. Ejecución de obras por contratista. Imputación a la Administración por daños causados como consecuencia de su propia actividad técnica. Supuesto en que la Administración dispuso la forma de ejecutarse las obras de alcantarillado que ocasionaron la lesión.*

«La responsabilidad patrimonial de la Administración, edificada sobre los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 —en la actualidad sustituidos por los 5.c) y 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local—, 40 a 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, 121 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 133 a 138 del Reglamento de esta Ley, de 26 de abril de 1957, y elevada al más alto rango por el artículo 106 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, no ofrece dificultad alguna en cuanto a su título de imputación cuando los daños y perjuicios inferidos a los particulares se derivan de su actividad jurídica, en que la causación es atribuible directamente a ella, e incluso cuando los mismos han sido producidos por su actividad técnica cuando la misma ha sido llevada a cabo directamente por sus propios órganos, en que también se le atribuye de esa forma. *El problema surge cuando la actividad técnica no es cumplida directamente por la organización administrativa, sino por organizaciones privadas en la Administración, con las que ésta contrata, atribuyéndoles la gestión de un servicio público o la ejecución de una obra pública, supuesto en el que entre la misma y los particulares sobre los que recaen los daños y perjuicios se interfiere, con mayor o menor autonomía, una empresa privada a la que materialmente le son atribuibles sus causas y que hace cuestionable si también en este caso su responsabilidad ha de ser directa. Al respecto, la Ley de Expropiación Forzosa, en su artículo 121.2, desarrollado en el 137 de su Reglamento, ha resuelto la cuestión en el caso de concesión de servicios públicos en el sentido de hacer correr la indemnización a cargo del concesionario, con carácter general, y a la Administración, en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por ésta y que sea de ineludible cumplimiento por aquél; y el Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975, de supletoria aplicación a la Administración Local, en su artículo 134, en el supuesto de contratación de obras, asignándosela al contratista en principio, y sólo atribuyéndosela a la Administración cuando los perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden suya o de vicios de proyecto; particularidades de las que es perfectamente inferir con carácter de generalidad el principio de que la Administración será la directamente responsable cuando los daños o los perjuicios sean achacables a su propia actividad técnica, aunque de la misma sea ejecutor material un tercero, si éste se atiene a las instrucciones u órdenes de ella.*

En el caso que nos ocupa, las obras del proyecto de alcantarillado en el barrio de Parva de la Ría, la ejecución de las cuales exigía el cruce del

Canal de Castilla con la tubería y para lo que se había previsto que el mismo se efectuase a cielo abierto, previo vaciamiento de su cauce, fueron adjudicadas por el Ayuntamiento de Valladolid a don Segundo T. M., luego C. T., S. A.; mas como dicha forma de ejecución obligase a dilaciones, ya que por no estar rematadas totalmente las obras de captación del río Pisuerga para abastecimiento de la Estación Depuradora de Las Eras no era posible vaciar el cauce del canal que cortaría el suministro de agua, se descartó lo proyectado y se substituyó por la solución de perforar el terreno bajo el cauce con una tubería de 500 mm de diámetro, redactándose por el Ingeniero Jefe de Vías y Obras un presupuesto de coste de ello, previa petición de uno a K., Cimentaciones, Sondeos e Inyecciones, lo que fue aprobado por el Ayuntamiento el 5 de febrero de 1980, modificando al efecto la prestación de obra contratada e imponiendo su ejecución a la contrata, procediéndose con ésta a la fijación de precios contradictorios, previa solicitud a K. y remisión por la misma de su presupuesto actualizado, la que con posterioridad remitió al Ayuntamiento copias de su correspondencia con C. T., S. A., sobre los tratos habidos entre ellas. Con posterioridad, llegada la maquinaria de K. y efectuada por C. T., S. A., la excavación lateral previa para la iniciación de los trabajos de perforación, el Ingeniero Jefe de Vías y Obras y el Aparejador Municipal fueron quienes se personaron en el lugar de los trabajos y dieron las instrucciones precisas a los operarios de K. para el comienzo de la perforación, sin intervención alguna de C. T., S. A., y se ausentaron de allí sin que la misma hubiese comenzado, produciéndose en el curso de ella una variación hacia arriba de la perforación que ocasionó la rotura del cauce del Canal y el desbordamiento de las aguas que conducía, con la inundación consiguiente y el daño a numerosos edificios, uno de ellos en el que tenía instalado su negocio el recurrente.

Las anteriores circunstancias, puestas en relación con lo con anterioridad a su exposición razonado, *llevan decididamente a la afirmación de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Valladolid por los daños y perjuicios experimentados por el actor, ya que las causas del siniestro que condujo a la producción de éstos, aunque las obras de perforación bajo el cauce del Canal de Castilla las tuviese contratadas con C. T., S. A., y ésta, a su vez, las hubiese subcontratado con la empresa K., al menos formalmente, necesariamente han de atribuirse a la actividad jurídica y técnica del mismo, pues fue él quien por medio de sus órganos de gobierno y bajo el asesoramiento y dirección de sus servicios técnicos dispuso la variación de la forma de efectuarse las obras de alcantarillado, y sin confección de proyecto alguno, fiándose en la experiencia de K. en trabajos similares y previa petición de un simple presupuesto a ésta y de sus condiciones, en las que, por cierto, ya declinaba su responsabilidad por las probables desviaciones del talandro, prueba de lo peligroso de la perforación, impuso a la contratista el cruce del canal bajo su cauce y sin vaciarlo, en lugar de hacerlo a cielo abierto y previo corte de la conducción de aguas, poniéndola en contacto con K. y, en cierto modo, forzándola a subcontratar con ella, y también fue quien dirigió los trabajos de perforación por K., siquiera su Ingeniero Jefe de Vías y Obras y Aparejador Municipal se limitasen a dar las instrucciones previas sobre la forma de efectuarlos y no permaneciesen en el lugar para ver si sus advertencias eran seguidas.* Afirmación responsabilizadora que conduce a la desestimación de la apelación interpuesta por el Ayuntamiento de Valladolid y a la confirmación de la sentencia apelada.» (Sentencia de 31 de julio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6193.)

B) Funcionamiento de la Administración de Justicia.

1. *Confirma la nueva doctrina jurisprudencial que admite la declaración de responsabilidad por hechos posteriores a la Constitución española y anteriores a la LOPJ; dando eficacia directa al artículo 121 CE, si bien la acción de responsabilidad debe demorarse a la entrada en vigor de la LOPJ.*

«Como cuestión que aunque no propuesta como capital lo es por razones obvias, plantea el Letrado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, y mantiene en el de conclusiones, la relativa a la improcedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia por hechos que, como en el presente caso, hayan ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, aunque lo hayan sido con posterioridad a la vigencia de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, citando en apoyo de su tesis Sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 1986, 10 de marzo, 21 de julio y 10 de noviembre de 1987 y 15 de junio, 21 de septiembre y 16 de noviembre de 1988. Ciertamente, ésa ha sido la línea jurisprudencial mantenida en dichas sentencias y en otras más, pero con fecha 21 de abril del presente año, tras una nueva reflexión sobre el problema, y considerando que el principio de unidad de doctrina no podría conducir a una petrificación de la jurisprudencia, en la sentencia dictada en el recurso 76/87, se ha llegado a una solución distinta, favorable a la posibilidad de declarar esa responsabilidad por hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de dicha Ley Orgánica, estableciendo a tal efecto, sobre la base de que el artículo 121 de la Constitución era la faz negativa del artículo 24 de la misma y de que debía tener igual eficacia directa, ya que tanto el error judicial como el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia implicaban vicios de la tutela judicial efectiva, la conclusión de que una vez publicada la Constitución el error judicial y el anormal funcionamiento generaban en virtud de aquélla el derecho a la indemnización establecida en su artículo 121, aunque la efectividad del derecho así nacido hubiera de esperar a que la Ley estableciese el cauce adecuado, computándose los plazos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; solución a la que se llegaba en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en cuanto a los recursos y conflictos referidos a Leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la constitución del Tribunal, y conclusión que no se podía entender desvirtuada por la circunstancia de que la Ley Orgánica del Poder Judicial no se hubiese atribuido eficacia retroactiva, por cuanto, en realidad, no se trataba de atribuir retroactividad a esta Ley, sino de dar eficacia directa al artículo 122 de la Constitución, siendo así que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 14 de marzo de 1984 (R. T. Const. 36), había puesto de relieve que la existencia misma del derecho a la indemnización nacía de la Constitución, de suerte que la Ley Orgánica había venido a establecer el procedimiento adecuado para el ejercicio de un derecho preexistente.» (Sentencia de 30 de junio de 1989, Ar. 9926.)

2. *Voto particular. No cabe la aplicación retroactiva de los artículos 292 a 297 de la LOPJ a hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley.*

«En el presente recurso, don Carmelo R. L. impugna una Resolución del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1986 que denegó la indemnización

de cuatro millones de pesetas por haber estado indebidamente ingresado preventivamente en la Prisión Provincial de Málaga durante veintidós meses. Prisión que, según el recurrente, debe considerarse indebida, ya que la sentencia recaída en juicio oral fue absolutoria.

Como quiera que el recurrente estuvo en prisión preventiva desde el 4 de diciembre de 1982 al 6 de octubre de 1984, como consecuencia del sumario 20/83 seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Málaga, siendo la Sentencia absolutoria de 5 de octubre de 1984, es necesario abordar el problema del ordenamiento jurídico aplicable, ya que la Ley Orgánica del Poder Judicial (en cuyos arts. 294 a 297 se regula la responsabilidad extracontractual del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia) es de 1 de julio de 1985, publicada en el "BOE" del día 2 de julio, y entró en vigor al día siguiente según lo prevenido en la disposición final de dicha Ley.

Al respecto debe recordarse la doctrina de la que entonces era Sala 4.ª de este Tribunal Supremo —establecida, por ejemplo, en Sentencia de 21 de septiembre de 1988—, en la que se dice que para resolver el problema de la eficacia intertemporal de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial que silencia esta cuestión no puede aplicarse la disposición transitoria 1.ª del Código Civil. Como es sabido, esta disposición transitoria dice que "si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen". Pero esta norma —como todas las restantes transitorias del CC— resuelve únicamente los problemas de intertemporalidad derivados de la entrada en vigor de aquel Código, careciendo de vigencia general, la cual sólo puede predicarse de su título preliminar (que trata "de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia"), y en este título preliminar se contiene la conocida regla de irretroactividad, salvo precepto expreso en contrario (art. 2.3). Por tanto, *ante la ausencia de precepto expreso en la Ley Orgánica del Poder Judicial resolviendo la cuestión en sentido contrario, hay que estar a la regla general de la irretroactividad*. A la misma conclusión de imposibilidad de aplicar al caso la transitoria citada del Código Civil podría llegarse por la vía de la distinta naturaleza de la responsabilidad extracontractual regulada en el Código Civil (arts. 1902 y ss.), que es una responsabilidad subjetiva, y la regulada en el caso que nos ocupa, que es una responsabilidad objetiva. *No hay base, pues, para pretender aplicar los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de esta Ley. Pero hay más todavía*. Porque la propia Constitución española —que es, por regla general, de directa e inmediata aplicación— ha deferido a la Ley la regulación de la responsabilidad del Estado por actos de la Administración de Justicia. Con lo que claramente indica que sólo en la forma que ésta diga —"conforme" a ella— y, por tanto, desde que está en vigor esta regulación legal, será exigible esa responsabilidad. En 1978, cuando se dicta la Constitución, no hay otro supuesto de responsabilidad por actos del Poder Judicial que el contemplado en el artículo 960.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, se amplía el ámbito de este concreto supuesto de responsabilidad a los daños causados por error judicial o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Así, pues, hay que concluir que *la responsabilidad que regulan los artículos 292 a 297 de la Ley de 1 de julio de 1985 citada, sólo es exigible por hechos o actos posteriores a su entrada en vigor, lo que implica la necesidad de rechazar el recurso*.

Cuando un Magistrado opta por formular voto particular a una sentencia tiene necesariamente que realizar una crítica de ella, a fin de fundamentar debidamente su opinión discrepante. Es claro que una cosa es criticar y otra criticuizar. Pero no podrá decirse que este Magistrado abusa de la crítica, rebasando sus justos límites, cuando se ve en el deber de añadir nuevos argumentos en favor del mantenimiento de la tesis que hasta ahora venía manteniendo esta Sala. Y ello no sólo porque la crítica que contiene todo

voto particular debe ser lo más completa posible, sino porque la importancia de la cuestión debatida así lo exige, ya que, en definitiva, lo que aquí se está planteando es nada menos que el problema de los límites de la actuación del juez en nuestro sistema constitucional. De aquí que, por lo pronto, deba añadirse algo acerca del ya aludido principio general de irretroactividad de las normas que consagra el artículo 2.3 del Código Civil. Según este precepto, "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario". Esto supone que es *dentro de cada ley* donde se regula el problema de la intertemporalidad ("no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren —ellas mismas— lo contrario"), sin que quepan aplicaciones analógicas de previsiones hechas en otras leyes. No ignora, sin embargo, este Magistrado que la jurisprudencia y la doctrina admiten que, en ciertos supuestos, las leyes puedan tener efecto retroactivo aunque no contengan cláusula expresa de retroactividad. Pero examinando uno por uno los distintos supuestos se comprueba que ninguno de los que se citan son aquí aplicables. Examinemos estos supuestos de retroacción tácita de la Ley: *a)* Disposiciones interpretativas. Es claro que no estamos ante una Ley de este tipo. *b)* Disposiciones complementarias o ejecutivas. Podría pretenderse que, como quiera que la Ley en este caso viene a completar la Constitución, estamos claramente dentro del supuesto. Pero esto implica identificar desarrollo reglamentario —que es el caso contemplado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia— con desarrollo legislativo, lo cual no es aceptable. Porque el desarrollo reglamentario opera siempre con sujeción al principio del "complemento indispensable" que no opera en cambio en el caso del desarrollo legislativo. *c)* Leyes y disposiciones de estricto carácter procesal. Es evidente que aquí estamos ante un supuesto distinto porque el legislador —haciendo uso de la potestad que le confería la Constitución— ha regulado no sólo el procedimiento, sino el alcance del derecho. Y, por cierto, de forma restrictiva. No estamos ante una norma de estricto carácter procesal. *d)* Disposiciones prohibitivas, derogatorias, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes. Nada de esto es de aplicación aquí. *e)* Disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme; en cuanto concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta. Obviamente tampoco éste es el caso, sino exactamente el contrario. Porque se trata de establecer una regulación específica de la responsabilidad del Estado. Y el legislador, lejos de aproximarse al régimen general, lo que ha hecho es afirmar las peculiaridades de la responsabilidad por actos u omisiones del Estado-juez.

Ocorre, además, que la nueva línea jurisprudencial que ahora se quiere abrir plantea la cuestión del inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. ¿Cuándo empieza a correr? La Ley dice —arts. 293.2 y 294.3— "a partir del día en que pudo ejercitarse". Y entonces tenemos que este Tribunal tendrá que optar por entender que pudo ejercitarse desde que entró en vigor la Ley o desde ahora que cambia la línea jurisprudencial (es obvio que bajo la jurisprudencia inicial "no pudo ejercitarse"). Sin agotar este argumento es claro que pone de relieve que el Tribunal se está deslizando peligrosamente por el terreno de la arbitrariedad —que aunque no implica necesariamente injusticia, le está vedado: art. 9.2 de la Constitución—. Ello aparte de que si opta por el primer término del dilema —inicio del plazo coincidente con la vigencia de la Ley—, la apertura de la nueva jurisprudencia será más aparente que real. Y, desde luego, contradictoria con el criterio restrictivo que ha inspirado —esto es indiscutible— la regulación de los artículos 292 a 294 de la nueva Ley Orgánica (piénsese: cuando esta sentencia aparezca en los repertorios jurisprudenciales el plazo de un año se habrá extinguido casi con seguridad).

Por último, es necesario aludir a los límites de toda jurisprudencia que se proponga ser creadora. Límites que, esto parece que tampoco puede discutirse, han de buscarse en el ordenamiento en vigor. Y hay que ocuparse de este problema porque si el constituyente dice en la sentencia citada más arriba que "el derecho —a la indemnización— existe desde la Constitución"

y el artículo 24 de ésta consagra el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos, parece que puede concluirse que el Tribunal, buscando esa tutela judicial efectiva, no sólo puede, sino que debe actuar como aquí lo ha hecho. La cosa no es tan simple como parece, sin embargo. Por lo pronto, el principio en cuestión no impide que siga pudiendo hablarse de derechos sin acción —art. 1798 del Código Civil— y de acciones sin derecho —sin embargo preventivo, por ejemplo—. Basta para convencerse de ello con traer a colación el artículo 35.1 de la Constitución —derecho al trabajo—. Pero es que, además, para saber dónde tiene que detenerse la potestad creadora del juez —que más bien es potestad investigadora del derecho, descubridora de éste— es necesario saber cuál es el modelo de función judicial que acepta la Constitución. Al respecto debe recordarse lo siguiente: a) Nuestro ordenamiento no se adapta estrictamente —pese a que el preámbulo de la Constitución hable todavía de "imperio de la ley"— al modelo *silogístico*, conforme al cual el juez debe rechazar la demanda si no hay norma aplicable al caso. Por eso dice el artículo 1.6 del Código Civil que los jueces "tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que se conozcan". De aquí que lo exacto es decir no que el juez está subordinado a la ley, sino más bien que está subordinado a la ley "y al derecho" (fórmula que, por cierto, emplea —sin propósito restrictivo— el artículo 103 de la Constitución para referirse a la Administración). b) Tampoco es conforme a nuestro ordenamiento el modelo *realista*: el juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas, lo que lleva a convertir éstas en una especie de vistosos juguetes, y, de hecho, a "liberar" al juez de la ley. c) Mucho menos admite nuestro derecho el modelo positivista de la *discreción judicial* que, precisamente, defiende el poder político del juez que se enfrenta con una variedad de respuestas y elige entre ellas. Precisamente porque al juez le está prohibida la arbitrariedad —art. 9.2 de la Constitución—, sus poderes discrecionales le vinculan a la respuesta correcta que es sólo una. d) Por ello, el modelo español se adapta a este otro de la *respuesta correcta*, dentro del cual el juez carece de poder político, estando subordinado a la ley y al derecho. Y éste —que tipifica como conducta penalmente reprochable la usurpación de atribuciones, las legislativas en este caso, art. 377 del Código Penal— nos dice que la función del juez es la de garantizar los derechos individuales y no la de señalar objetivos sociales. Esta sumisión corresponde al constituyente, al legislador o al Gobierno. Pero en ningún caso —en nuestro ordenamiento vigente— es tarea que pueda asumir el juez. Aquí está la frontera de la jurisprudencia creadora. Y este Magistrado que, si ocupara la posición de legislador defendería la aplicación retroactiva de la norma, en su papel de juez no puede invadir competencias y potestades que no tiene y no puede crear una retroacción que la legalidad vigente rechaza. Por ello, tiene que apartarse de la nueva corriente jurisprudencial que se abre con la sentencia de la que discrepo.

En consecuencia, este Magistrado entiende que —con los fundamentos que quedan transcritos— la sentencia que debía dictar la Sala debería contener el siguiente fallo: Debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por don Carmelo R. L. contra la Resolución del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1986 que denegó la indemnización de cuatro millones de pesetas que reclama por eventuales daños derivados de actuación del Poder judicial que declaró su prisión preventiva que se mantuvo durante veintidós meses, siendo absuelto y puesto en libertad a 6 de octubre de 1984.» (*Sentencia de de de 19 .*)

3. *Supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado. Análisis de los artículos 293 y 294 de la LOPJ, y en particular de la expresión «inexistencia del hecho imputado». Su aplicación debe extenderse a los casos de probada falta de participación.*

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

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

Ocurre que en ocasiones el propio desarrollo penal, en el que la resultancia de la investigación puede variar, acredita la existencia del error judicial —entendido objetivamente— y en tales casos no resulta ya necesaria la declaración jurisdiccional del error —art. 293.I de la Ley Orgánica—.

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

Y de este encuadramiento sistemático del artículo 294 deriva ya una importante consecuencia: tal precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad de una duración que abarque todo el tiempo pasado en situación de prisión. Sólo cubre algunos supuestos y para los demás no amparados por el artículo 294 ha de entenderse plenamente viable el cauce general del artículo 293, supuesta la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

El artículo 294 aparece, pues, como "una" de las vías posibles para reclamar indemnización sobre la base de una prisión preventiva, de modo que cuando este precepto no resulte aplicable, ello no significará la negación de la posibilidad de obtener la indemnización que podrá conseguirse mediante el procedimiento de alcance general del artículo 293.

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

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

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

Dejando a un lado temas de *lege ferenda*, en el campo de la aplicación

del derecho es claro que la interpretación del artículo 294 ha de llevarse a cabo utilizando los criterios del artículo 3.º, I, del Título Preliminar del Código Civil:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Podría entonces pensarse que el ámbito objetivo del artículo 294 debería ser equivalente al del recurso de revisión. Pero esta solución, independientemente del futuro que se le augure de *lege ferenda*, no puede mantenerse a la vista del texto del artículo 294: *la revisión determina una posibilidad de indemnización en todo supuesto de sentencia absolutoria —art. 960, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 293, 1 de la Ley Orgánica—, en tanto que el artículo 294 sólo opera en algunos supuestos de absolución o sobreseimiento libre*.

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

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

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

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

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

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

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

Y lo que acaba de indicarse excluye la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 294: su dicción es sin duda estrecha, incluso con la ampliación que se ha llevado a cabo, pero la exclusión de su aplicabilidad permite obtener la indemnización, si es procedente, por otra vía, lo que descarta la desigualdad respecto del recurso de revisión.» (Sentencia de 22 de marzo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5525.)

C) Acción de responsabilidad.

1. *Se admite el ejercicio de la reclamación transcurrido el plazo desde que se originó el daño, habida cuenta de su carácter no estático, sino permanente y evolutivo, cuya persistencia agrava los efectos dañosos del evento original.*

«Comenzado el estudio de las cuestiones controvertidas en el actual recurso contencioso-administrativo, dada su naturaleza jurídica, por la alegada extemporaneidad del ejercicio de la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios en vía administrativa, que la representación de la Administración demandada al presente invoca; se ha de tener en cuenta que, tanto el artículo 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, que establece un plazo de prescripción del derecho a reclamar, como el artículo 40.3 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que establece un término de caducidad del ejercicio de tal derecho, lo fijan ambas normativas en "un año del hecho que motiva la indemnización"; ahora bien, sobre este concreto punto surge la discrepancia entre las partes litigantes, pues mientras por la demandante, considerando que el actual "hecho dañoso no es un mal estático, sino evolutivo" que parte de un momento dado y se va agravando con el transcurso del tiempo y que aún no ha finalizado, sin que ninguno de dichos momentos sea anterior al año en que en vía administrativa efectuó la reclamación, en cambio por la Administración demandada se data el supuesto hecho dañoso en junio de 1982, en que —dice— se concluyeron las obras de excavación arqueológica, ordenadas por la Dirección General de Bellas Artes, en el solar colindante al edificio del demandante, donde aparecieron los restos de la antigua muralla de la Villa de Gijón, alegando el señor Letrado del Estado, en su contestación a la demanda, que la circunstancia de que unos supuestos daños continúen produciéndose en el

tiempo no significa que se rehabilite el momento del hecho y el plazo para el ejercicio del derecho a la indemnización que, en forma perentoria, se establece en la norma.

A tal respecto se ha de tener en cuenta que, el fundamento legal del derecho a la indemnización de actual referencia, estriba en la existencia de una relación de causa a efecto entre el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tenidos éstos en su más amplio sentido de actividad de la Administración, y el resultado dañoso o perjudicial en los bienes o derechos del reclamante; de forma que tales consecuencias gravosas para este último pueden derivarse de una primera manifestación de dicho funcionamiento "normal", como es el hecho de haberse realizado las excavaciones arqueológicas en uso de las facultades que a la Administración le son conferidas por la legislación vigente en orden a la conservación del patrimonio de tal naturaleza, por el que la Administración ha de velar, por imperativo del artículo 46 de la Constitución española de 1978, más los daños y perjuicios que por ello se causen, en los bienes y derechos del particular que ha de sacrificarlos, han de ser indemnizados por la Administración, pues no es justo que él solo haya de sufrirlos, sino que es la comunidad política y cultural que se beneficia de dicho individual sacrificio la que ha de pechar con su costo, sin que para ello haya de determinarse previamente la responsabilidad subjetiva de las personas dependientes de la Administración que realiza el funcionamiento del servicio público, ya que la exigencia de esta concreta y última responsabilidad subjetiva es ajena al fundamento del derecho a la indemnización cuestionada, al poder aquélla exigirla del sujeto que produjo el evento perjudicial o daño independientemente de su propia responsabilidad; mas también existe el deber de la Administración de indemnizar al particular que sacrifica sus bienes y derechos en razón a expresado interés público cuando aquel primitivo funcionamiento normal de los servicios públicos deriva en un funcionamiento anormal posterior de tales servicios, a causa de una actuación negligente de los mismos, que no sólo hacen permanecer en el tiempo los eventos dañosos, sino que por tal conducta los agravan convirtiéndolos en unos daños y perjuicios "no estáticos", sino "permanentes y evolutivos", cual sucede en el supuesto de actual referencia, como a continuación veremos.

Se encuentra probado en las actuaciones procesales: a) Que, independientemente de los daños y perjuicios sufridos en el edificio del hoy recurrente, a consecuencia de las obras de demolición efectuadas en el inmueble colindante, por su propietario, para construir sobre el solar un edificio de nueva planta, cuya reclamación obtuvo favorable respuesta en la Sentencia dictada en el Juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 510/85, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de los de la Villa de Gijón; también se produjeron otros daños y perjuicios para el hoy demandante, en el edificio de su propiedad, a causa de las excavaciones arqueológicas, llevadas a cabo en el aludido solar colindante, encaminadas a aflorar y conservar los restos de las murallas de la antigua Villa de Gijón allí descubiertas, por orden de la Dirección General de Bellas Artes, las cuales se llevaron a cabo no de forma ininterrumpida, sino en varios intervalos de actuación y paralización de los oportunos trabajos, lo que acarreó que, al no adoptarse las medidas oportunas para impedir la persistencia de los daños y su agravamiento en el edificio en cuestión, por parte de la Administración demandada, en los intervalos en que no se proseguían las excavaciones iniciadas ni a su terminación, todo ello originó que el evento dañoso, evolutivo y no estático, persistiera en el tiempo hasta alcanzar unas fechas en las que no había transcurrido el año de caducidad, para el ejercicio del derecho a la indemnización, que la normativa jurídica citada establece. b) Que a la anterior conclusión se llega a través del Informe pericial obrante en dichas actuaciones, donde el Perito informante hace una relación de sus apreciaciones observadas en noviembre de 1982, pasando por las obtenidas en mayo de 1984 y terminando por las estimadas en mayo de 1987, en ambos inmuebles, cuyos datos y observaciones constan en las diversas vicisitudes documentadas de las reclamaciones

efectuadas por el señor O. M.; así, en el informe pericial dado en mayo de 1987, se reseña que, efectuando un nuevo reconocimiento —amén de los realizados en 1982 y 1984—, observa cómo en el edificio propiedad de dicho demandante, en su "medianera" existen "grietas debidas a la segunda excavación, han aumentado, tal como se reseña en los croquis adjuntos de la fachada", y —haciendo un estudio comparativo entre el estado del inmueble observado en mayo de 1984 y mayo de 1987—, informa que "hay que advertir que las grietas debidas a la primera excavación están estabilizadas —se refiere a las derivadas de la actuación del propietario en el edificio derribado para su conversión en solar edificable—, y que sólo han aumentado las debidas a la segunda excavación" —se refiere a las excavaciones arqueológicas meritadas—, advirtiendo dicho Informe, además, que "la excavación de la muralla se ha ampliado, profundizando algo más en el firme del terreno y que tal como se dijo en el Informe anterior, se está desmoronando la comentada muralla en su base", informando el Perito procesal que, al ir apareciendo grietas nuevas en esta muralla, en toda la longitud paralela al edificio, "debería apearse la muralla y el edificio". c) Que asimismo se encuentra aceptado por las partes que la reclamación de indemnización de daños y perjuicios, de actual referencia, fue presentada en vía administrativa el 9 de julio de 1984. Pues bien, de todo lo anteriormente expuesto se infiere que la reclamación aludida fue ejercitada ante la administración dentro del término hábil establecido en la normativa jurídica de aplicación, por lo que ha de ser desestimada la alegación que en sentido contrario la Administración demandada mantiene.» (*Sentencia de 19 de septiembre de 1983, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6417.*)

2. *En un supuesto de denegación presunta por silencio de la acción de responsabilidad patrimonial, la ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado no puede tener efectos invalidantes, por motivos formales, del acto presunto recurrido.*

«Considerando que en cuanto al hecho de no haber emitido dictamen el Consejo de Estado (tal como, en casos de petición de daños y perjuicios, exige el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril), no puede ser motivo para la anulación meramente formal del acto que se recurre, ya que, siendo éste presunto, es decir, emitido por puro silencio de la Administración, por principio ha de resultar que la Administración no sólo ha obviado ese trámite, sino todo procedimiento legalmente establecido, y si por ello hubiera de aplicarse la nulidad del artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, resultaría que el silencio de la Administración, que en principio está establecido en beneficio del Administrado, se convertiría en fuente de perjuicios para éste, dado que el procedimiento administrativo habría de comenzar de nuevo con posibilidad de que la Administración volviera a no pronunciarse expresamente, llegándose por ese camino, quizá, a una violación del derecho constitucional a una obtención de una resolución, judicial, sustantiva —art. 24.1 de la Constitución—. Por lo cual debe entrarse en el fondo material del problema, tal como propugna para estos casos de silencio administrativo la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1983, que excepciona sólo los casos en que se haya omitido la audiencia de terceros interesados, lo que no ocurre en el caso de autos.» (*Sentencia de 25 de octubre de 1989, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 7243.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS