

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamentos*: 1. Audiencia de entidades representativas. 2. Reglamento autonómico y dictamen del Consejo de Estado.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Tipología. Acto político*. B) *Ejecutividad*: 1. Suspensión de acto anulado en primera instancia jurisdiccional. 2. Suspensión de actos de gestión tributaria.—III. CONTRATOS: *Autonomía local y regulación de la revisión de precios*.—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Autonomía y colaboración en la gestión del servicio de reclutamiento militar*. B) *Control. Artículo 66 LBRL*.—V. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Reversión*.—VI. POLICÍA: *Espectáculos públicos*.—VII. SERVICIO PÚBLICO: *Tarifas y control por la Comisión Regional de Precios*.—VIII. CEMENTERIOS: *Concesión funeraria a perpetuidad*.—IX. SANCIONES: *Sujeto responsable*.—X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Recurso de revisión. Carácter cuasicasacional*. B) *Ejecución de Sentencias. Imposibilidad material y legal*.—XI. RESPONSABILIDAD: A) *Inactividad. Falta de vigilancia en centro sanitario*. B) *Acción de responsabilidad*: 1. Falta de dictamen del Consejo de Estado. 2. Transmisión entre particulares del crédito frente a la Administración responsable.

I. FUENTES

Reglamentos.

1. *Se reitera la doctrina que entiende inexcusable el trámite de audiencia a las entidades representativas, especialmente de aquellas que tienen encomendadas la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales como son las asociaciones empresariales.*

«Se alega también que no se ha concedido a la entidad recurrente la oportunidad de exponer su parecer sobre el Real Decreto impugnado, al amparo del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el 23.1 y 105 de la Constitución; así como de la doctrina jurisprudencial, de la que cita como exponente la S. de 19-5-1988. Efectivamente, la jurisprudencia viene siguiendo, en relación con esta cuestión, una dirección rectilínea —con alguna vacilación ya superada—, con objeto de que la participación ciudadana en los diversos ámbitos en que la proclama la Constitución y singularmente en supuestos como el que nos ocupa, en el de la elaboración de disposiciones generales, tenga una aplicación real, viva y general y no sea una mera proclamación ornamental vacía de contenido y eficacia. La doctrina jurisprudencial viene acreditando el cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 5.1 y 7.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su ensamblaje con los 9.2, 23, 53 y 105 de la Constitución y 3 del Código Civil. A la sentencia antes citada han sucedido, en esa línea de exigencia constitucional, las de 7-7, 25-9-1989 y la muy

reciente de 21-11-1990. En esta última se distingue a las asociaciones cuya función consiste en la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales —sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales— (art. 22 de la Constitución) y a los Colegios profesionales con una finalidad paralela (art. 36 de la Constitución), de otras asociaciones que, amparadas también en el artículo 22, persiguen fines variados por elección de sus asociados. Respecto a las primeras, la Administración Pública tiene, evidentemente, un previo conocimiento de la existencia de las mismas y de sus fines y no puede dejar de contar con ellas ni desconocer su interés directo, en particular en la elaboración de las disposiciones generales. Y así lo ha reconocido la jurisprudencia a través de las sentencias citadas y de las recogidas en las mismas. En ese caso se encuentra, sin duda alguna, la Asociación Nacional de Promotores Constructores de Edificios, creada al amparo de la Ley 19/1977 y Decreto de 22 de abril siguiente, con Estatutos de 4 de octubre de ese año inscritos en el Registro Central de Entidades Sindicales en la Sección "Asociaciones" e integrados en la Unión de Empresarios del Sindicato Nacional de la Construcción. Entre sus fines, además de la defensa de los intereses legítimos de los asociados, destaca el de elevar a los poderes públicos las iniciativas, aspiraciones y reclamaciones de los asociados en cuanto éstas tengan carácter general. Al haber prescindido la Administración de la participación de la entidad recurrente en la elaboración del Real Decreto impugnado, siendo así que la índole de esta disposición lo aconsejaba, ya que, por otra parte, no hay constancia de razón alguna que a ello se opusiese ni el Abogado del Estado ha alegado nada en contra, no sólo se ha desperdiciado la seguridad de una mayor garantía de legalidad, acierto y oportunidad en la ultimación del Real Decreto, sino que se ha provocado la declaración de nulidad del mismo solicitada por la Asociación demandante.» (*Sentencia de 24 de septiembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6968.*)

2. *Reglamento autonómico y dictamen del Consejo de Estado. Se mantiene la línea jurisprudencial de no exigencia del dictamen en los supuestos de reglamento autonómico dictado en materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.*

«El examen de tales cuestiones, sólo será abordable si prosperase la apelación de la Generalidad Valenciana y hubiera de revocarse la sentencia cuando mantiene la necesidad del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria regional que desarrolla una Ley de igual filiación, objetivo primordial de las consideraciones siguientes.

La alternativa que plantea al adherirse al carácter preceptivo o no del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en el procedimiento de elaboración de reglamentos regionales dictados en desarrollo de una Ley Autonómica, en orden a su validez, ha dado lugar a soluciones contrapuestas en nuestro propio ámbito jurisdiccional.

Las posiciones extremas están representadas, básicamente, de un lado por el criterio jurisprudencial que entendía obligada la aplicación literal del artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980, de 22 de abril, en relación con los artículos 22.3 y 2.1.1 de la misma disposición.

En el extremo opuesto se sitúa otro importante sector, que no estimaba preceptivo el dictamen, ni siquiera incluso respecto de los reglamentos regionales que viniesen a completar una Ley básica del Estado, por entender que la valoración de los aspectos de oportunidad y conveniencia estaban dados en función de necesidades específicas de la propia política autonómica, no subordinadas a la interferencia de un órgano estatal. El factor preponderante era,

pues, preservar el derecho fundamental a la autonomía de nacionalidades y regiones consagrado en los artículos 2 y 143 de la Constitución.

En un posicionamiento intermedio cabría situar la solución adoptada por el Estatuto de la Comunidad Andaluza (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre), que en su artículo 44 sólo precisa el dictamen del Consejo de Estado cuando se trate de Reglamentos Generales que la Comunidad dicte en ejecución de Leyes estatales, precepto del que cabe inferir la innecesidad de este requisito cuando el reglamento autonómico desarrolla Leyes estrictamente regionales.

En esta situación, la sentencia de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15-7-1985, excusó la necesidad del dictamen, respecto de un Decreto de la Autonomía Catalana, porque autorizada ésta por el artículo 41 del Estatuto (Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre), había creado su propio órgano consultivo por Ley del Parlamento de Cataluña, de 25-2-1981, modificada por la de 25-6-1985, decantándose en aquel supuesto hacia la prescindibilidad del requisito de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Sentencias posteriores se han orientado hacia la generalización de la dispensa de dicho requisito, cuando se trate de reglamentos dictados por la Comunidad sobre materias reguladas por normas no estatales de su exclusiva competencia, ya sea inicial o transferida, porque el sentido propio del artículo 23.2 establece el carácter preceptivo en los mismos casos previstos en la Ley para el Estado, es decir, en los supuestos de ejecución de Leyes estatales (S. 15-12-1989, S. 7-3-1990, S. 1-6-1990 y S. 27-7-1990).

Es por tanto procedente asumir esta solución y atemperarse a ella en interés de la seguridad jurídica amenazada por la disparidad de criterios existentes al respecto, sobre una materia cuya misma complejidad interpretativa impediría aferrarse a una postura de intransigente dogmatismo.

En aras de la uniformidad que debe presidir la dirección jurisprudencial, procede revocar, en este caso, la declaración de nulidad del Decreto impugnado, por cuanto se trata de una reglamentación de desarrollo de una Ley autonómica, pasando a examinar el resto de las cuestiones que con el mismo propósito enervatorio mantiene la Asociación adherida a este recurso de apelación.» (*Sentencia de 28 de noviembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 9550.*)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Tipología. Acto político. No es fiscalizable jurisdiccionalmente la negativa a tramitar un proyecto de Ley solicitado en ejercicio del derecho de petición.*

«Constituye el objeto de este proceso, que se sigue por el cauce de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, la denegación presunta, por silencio administrativo, por el Gobierno de la Nación de la Solicitud que le habían dirigido, en uso del derecho de petición del artículo 19.1 de la Constitución, don Rafael A. M. y otros en su calidad de Maestros de Taller de Escuelas de Maestría Industrial, para que aprobara y dirigiera a las Cortes Generales, para su tramitación como proyecto de Ley, las normas que habían de regir la puesta en funcionamiento de los nuevos cuerpos de la Formación Profesional, legalmente creados, y la integración en los mismos de los Maestros de Taller de Escuelas de Maestría Industrial. Proceso que se inicia impetrando la protección del derecho fundamental de igualdad, del artículo 14 de la Constitución, que se estima vulnerado ante una discriminación que se dice producida frente a otros Cuerpos docentes que, según los actores, fueron integrados en la nueva estructura profesoral creada por la Ley General de Educación, de 4-8-1970, a diferencia de lo acontecido con

la Escala de los recurrentes, a pesar del mandato que al respecto se contenía en las Disposiciones Transitorias 1.ª y 6.ª de la Ley General de Educación.

El contenido de la solicitud antes transcrita pone de manifiesto que el amparo judicial se pide frente a una actuación del Gobierno, que, como objeto del derecho de petición para el desarrollo de una actuación normativa, se mueve dentro de un ámbito de absoluta discrecionalidad, no fiscalizable jurisdiccionalmente, en cuanto a la efectividad de lo pedido, según se infiere del artículo 70.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo y artículo 6.º de la Ley 92/1960, de 22 de diciembre. Inadmisibilidad que se corrobora, desde otro punto de vista, si se tiene en cuenta que lo que los actores piden del Gobierno es que desarrolle, mediante la aprobación de un proyecto de Ley, una actividad de colaboración con las Cortes Generales, en el procedimiento de elaboración de una Ley, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Constitución, en relación a los artículos 109 y siguientes concordantes del Reglamento del Congreso de Diputados; que es función política que se manifiesta en el ejercicio de competencias del Gobierno como órgano constitucional, en sus relaciones con otros de esa misma calidad. Lo que determina la inexistencia de una actividad procedente de una Administración Pública, sujeta a Derecho Administrativo, que es el requisito primario fijado en el artículo 6.º de la Ley 62/1978, para la procedencia del cauce procesal de protección jurisdiccional, que en esa Ley se regula. De ahí que, en definitiva, resulte adecuada la estimación de la excepción de inadmisibilidad de falta de acto impugnabile opuesta por la Abogacía del Estado.» (*Sentencia de 10 de diciembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9254.*)

B) Ejecutividad.

1. *La existencia de una Sentencia de primera instancia, aunque no sea firme, anulatoria del acto recurrido pone en entredicho la presunción de su validez y traslada al recurrente la apariencia de buen derecho, lo que favorece la suspensión del acto.*

«Los actos administrativos, la suspensión de cuya ejecución fue denegada en el auto recurrido y en virtud de los cuales se había acordado denegar a la ahora apelante la licencia que había solicitado para legalizar su actividad de restaurante, ordenándole se abstudiese de realizar la misma, según se ha acreditado en la presente apelación, han sido declarados nulos por la sentencia dictada el 18 de octubre de 1989 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que asimismo se ordenó la concesión de la licencia de actividad de restaurante. Esta circunstancia, unida a la de tratarse del cese de una actividad industrial, la ejecución inmediata de la cual ocasiona unos daños y perjuicios ordinariamente difíciles de reparar, produciéndose por consiguiente el supuesto previsto en el artículo 122.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lleva decididamente a la estimación de la apelación para revocar el auto recurrido y acordar la suspensión interesada por la apelante, a la vista de la reciente doctrina de esta Sala, iniciada en su auto de 20 de diciembre de 1990 y seguida en los de 17 y 23 de abril del presente año, puesto que, en efecto, si conforme a la misma, en una nueva exégesis del antes citado artículo para acomodarlo al artículo 24 de la Constitución Española, ha de afirmarse como una derivación del derecho a una tutela judicial efectiva el derecho a una tutela cautelar por fuerza del principio de Derecho que resume en que "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón", y que esta tutela cautelar, a fin de evitar la frustración de la sentencia final, ha de otorgarse a quien en principio ostente el *fumus boni iuris*, es decir,

la apariencia de buen derecho, no cabe duda alguna que la sentencia dictada el 18 de octubre de 1989, aun no siendo firme, pone en entredicho la presunción de validez de los actos impugnados en que se asienta su ejecutividad y traslada a la sociedad recurrente la apariencia de buen derecho que le confiere el de obtener una tutela cautelar eficaz, que en este caso no puede ser otra que la de suspender su ejecutividad en tanto dure la pendencia del proceso en que son impugnados, ya que, en caso contrario, la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su presumible razón no le supondría una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, por más que posteriormente fuese resarcida de sus daños y perjuicios.» (*Auto de 16 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6170.*)

2. En los casos de gestión tributaria procede la suspensión jurisdiccional siempre que se aleguen daños y perjuicios de su inmediata ejecutividad y se preste caución o fianza suficiente.

«En principio, la norma rectora del pronunciamiento a que se llegue claramente está contenida en el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional, de 27-12-1956, en cuanto establece: "Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil"; precepto que ha sido profusamente interpretado por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, tanto de este Tribunal Supremo como de las Audiencias Nacional y Territorial, y que, a la vez, plantea la necesidad de su conjugación con lo dispuesto en el artículo 22.1 del Texto articulado de la Ley de Bases 39/1980, de 5 de julio, aprobado por Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, y con los artículos 81 y concordantes del vigente Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas de 20-8-1981, los cuales coinciden en disponer que "La ejecución del acto administrativo impugnado se suspenderá a instancia del interesado si en el momento de interponerse la reclamación se garantiza... el importe de la deuda tributaria".

Se trata, por tanto, de desentrañar el alcance actual del antes citado artículo 122.2 de la Ley Procesal de lo Contencioso-Administrativo, habida cuenta de la evolución operada en el instituto de la autotutela tributaria de los Entes Públicos o ejecutividad de aquellos actos, abstracción hecha de la solución que proceda en otros campos. Además, hay que tener presente que el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, sobre recurso de reposición en materia de Hacienda Pública, llega a igual solución y que, incluso, la Disposición Adicional 31.ª de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, autorizó al Ministro de Economía y Hacienda para dispensar de la prestación de garantías cuando surja imposibilidad para hacer frente al pago de la deuda tributaria por inexistencia o insuficiencia de bienes, o cuando la ejecución inmediata pueda afectar a la capacidad productiva o al nivel de empleo de la actividad económica.

Lo que antecede refleja, pues, una discrepancia entre el tratamiento de la ejecutividad general de los actos administrativos en la vieja Ley rectora del proceso contencioso y el moderno sistema de la ejecutividad de los actos de gestión tributaria en disposiciones que, aun cuando en ocasiones tengan rango de Ley, para nada afectan a aquél. La Ley Jurisdiccional sólo parece permitir la suspensión cuando de la ejecución se deriven daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; la Administración Fiscal ha asumido la obligación de suspender siempre que lo solicite el contribuyente y afiance la deuda tributaria. De otra parte, en el especial proceso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, el artículo 7.º de la Ley 82/1978, de 26 de diciembre, llega, incluso —sin duda por los altos intereses que tutela—, a invertir el sistema tradicional, en cierta forma.

Quiere decir todo ello, que el propio comportamiento que se ha impuesto a sí misma la Administración Tributaria obliga a interpretar el viejo artículo 122.2 en el sentido de que el pago de las cuotas controvertidas puede acarrear daños de reparación difícil para el contribuyente, en tanto que no se produce aquél cuando el importe de la deuda tributaria queda suficientemente garantizado mediante el oportuno aval, caución o fianza. Sería contradictorio que la Oficina gestora (Decreto 2244/1979), los Tribunales Económico-Administrativos, las Autoridades Tributarias (art. 53 del Reglamento General de Recaudación, de 20-12-1990) e, incluso, el Ministro de Economía y Hacienda suspendan (hasta sin caución) la inmediata ejecutividad de los actos de gestión tributaria, y en la vía jurisdiccional aquella suspensión hubiera de quedar limitada a los supuestos donde el contribuyente pruebe categóricamente la producción de daños o perjuicios de reparación, nada menos, que imposible o difícil. De ahí que la suspensión jurisdiccional de aquellos actos, cuando se aleguen daños o perjuicios de su inmediata ejecutividad y se preste caución o fianza bastante para garantizar el pago de la deuda tributaria controvertida, ha de entenderse ajustada a Derecho.» (*Auto de 3 de junio de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 7763.*)

III. CONTRATOS

Autonomía local. Potestad limitada para regular un sistema propio de revisión de precios.

«Siendo oportuno, en consecuencia, pasar al examen de las cuestiones de fondo, la Sala ha de recordar, como se indicaba en el anterior fundamento, que la instrucción impugnada (véase el folio 2 del expediente) formaba parte de todo un proyecto, sobre la reforma del sistema de contratación del Ayuntamiento de Madrid, en cuyo desarrollo se dictaron otros acuerdos que también fueron objeto de impugnación por la Asociación recurrente, dando lugar a diversas sentencias de esta Sala que, tras el oportuno recurso de apelación, fueron confirmadas por el Tribunal Supremo. En ellas se examinaba, como resulta obligado en este supuesto, la competencia municipal en la materia tras la publicación de la Constitución de 1978. Como antecedente inmediato pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 3-2, 8 y 15-4-1987; en la primera de ellas se establecía la siguiente doctrina: *Segundo*: Que el análisis de la cuestión planteada en este procedimiento exige la previa determinación del actual sistema de organización territorial del Estado definido por la Constitución, en cuyo artículo 137 se proclama cómo el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyen, añadiendo a continuación: "Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses", principio que respecto de la óptica municipal aquí enjuiciada debe ser completado con el artículo 140 del mismo texto fundamental, en donde se garantiza la autonomía de los municipios, a los que se les atribuye "personalidad jurídica plena", la Constitución prefigura una nueva ordenación territorial que implica como primera consecuencia una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel, no pudiendo predicarse del Estado —en la actualidad— el ejercicio del poder público entendido como un todo, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango tal y como expresa el artículo 137, SS. 2-2 y 28-7-1981 del Tribunal Constitucional (R. T. Const. 4 y 32). *Tercero*: Que la mencionada pluralidad reconocida por la Constitución se debe reconducir necesariamente al concepto de autonomía necesario para delimitar el ámbito competencial de los distintos entes, y si bien es cierto cómo la autonomía hace referencia a un

poder limitado, pues dicho principio en ningún caso puede oponerse al de unidad, sino que es dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2.º de la Constitución, no puede olvidarse cómo dicho poder, si bien en el caso de los municipios está supeditado a la preeminencia del poder público autonómico de las Corporaciones Locales a ser mero desarrollo de las Leyes o normas estatales y ello precisamente porque su poder se inserta directamente en la Constitución, no siendo válida una interpretación que reduzca las competencias municipales a mero complemento de la potestad organizatoria del Estado, ni pudiendo predicarse igualmente el carácter "meramente reglamentario" con respecto al Estado de los Acuerdos de los Ayuntamientos, que si bien tendrán un límite trazado en abstracto por el propio concepto de competencia y en concreto por la gestión de sus propios intereses, éstos arrancan de la Constitución y no del Estado como mera personificación política. *Cuarto:* Que, como reconoce el Tribunal Constitucional en su S. 28-7-1981, si bien es cierto cómo no puede establecerse *a priori* cuál es el límite constitucional de esta reestructuración de las autonomías locales, sí puede decirse que las autonomías garantizadas no pueden ser abolidas, pues la protección que la Constitución les otorga desborda con mucho de la simple Ley ordinaria en orden a la regulación de sus competencias, así, el legislador podrá aumentar o disminuir las competencias hoy existentes pero no eliminarlas por entero y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido sólo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía, que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución. *Quinto:* Que lo anteriormente expuesto es perfectamente compatible con el reconocimiento del papel preponderante de la personificación del Estado como depositario de los intereses de la nación, lo que le hace colocarse en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución, tanto en relación con las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotados de autonomía cualitativamente superior a la administrativa, como a los entes locales (S. 2-2-1981), siendo el origen de esta superioridad estatal el respeto a principios constitucionales tan básicos como la unidad, la armonía, la solidaridad y la igualdad de derechos y obligaciones de los españoles en las diversas regiones o nacionalidades. *Sexto:* Que, si bien es cierto cómo la autonomía municipal, como poder para la gestión de sus respectivos intereses, debe ejercerse en el marco del ordenamiento, siendo la Ley en definitiva la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución, no puede desconocerse en los municipios la existencia de un cierto "componente político" que le viene atribuido a la Corporación por el origen democrático de sus componentes que son elegidos por sufragio universal, libre, secreto y directo en la forma establecida por la Ley y que tienen como misión fundamental el gobierno y la administración del municipio siendo precisamente ese componente político el motor de la vida municipal y cuyo respeto en cierta manera garantiza la Constitución, no pudiendo ser desconocido por el Estado en ningún caso, y sólo por razones de defensa de los intereses nacionales que le están encomendados podrá el Poder del Estado limitar dicha iniciativa municipal, sin que sea admisible en la actualidad cualquier otro control patrocinado por razones de tutela o estructura jerárquica, por ello serán exclusivamente "las razones constitucionales" las que legitimen al Estado para limitar el juego efectivo de la autonomía municipal. *Séptimo:* Que dentro de este espíritu ha de ser analizada la actual normativa reguladora de los contratos de las Corporaciones Locales y que está comprendida por los artículos 108 y siguientes del Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9-1-1953 y, con carácter supletorio, por la Ley de Contratos del Estado de 8-4-1965 y por su Reglamento de 25-11-1975; sobre este cuerpo normativo que desde un punto de vista interpretativo constituye un "todo unitario", deben ser proyectadas las Competencias de las Corporaciones Locales a la hora de ordenar sus respectivos servicios, para lo

cual, la propia Constitución, en los artículos 137 y 140, y la propia Ley de Régimen Local, en su artículo 108, les reconocen una cierta capacidad para dictar disposiciones legales en el ámbito de sus respectivas competencias.

Con estos antecedentes ha de valorarse en qué medida la competencia normativa de las Entidades Locales en la materia es compatible con las normativas reguladoras, con carácter general, de la revisión de precios. No se trata, por tanto, de una absoluta reserva de Ley a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino más bien de analizar si el acuerdo impugnado, de indudable naturaleza normativa, dicho sea con todos los respetos para la Corporación demandada, ha tratado, dentro de su competencia, de modular y adecuar unas normas, como las dictadas para la revisión de precios en los contratos de obras, a las necesidades municipales, pues tal posibilidad, en cuanto técnica jurídica, debe ser admitida en base al concepto de autonomía expuesto anteriormente.

El carácter normativo de la "Instrucción de Servicios" no puede ser discutido; así lo avala su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, su propia estructura y, también, su vocación de generalidad y permanencia, además de su propio espíritu imperativo para los contratos de obras suscritos con el Ayuntamiento de Madrid. La revisión de precios, al tiempo de la publicación del acuerdo aquí impugnado, estaba regulada por el Decreto 1757/1974, de 31 de mayo, por el que se declaran aplicables a la Administración Local las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, y sus normas complementarias, concretamente el Decreto 461/1971, de 11 de marzo. El análisis de dichas normas, sobre todo el Decreto-Ley de 4-2-1964, pieza básica del sistema, pone de relieve que dicha normativa tiene el carácter de "norma marco" en la cual se fijan los criterios uniformes que han de seguir los diversos Departamentos ministeriales para la aprobación de las diversas cláusulas de revisión de precios según las diferentes clases de obra (véase el art. 3 del Decreto-Ley). A su vez (en su art. 4) se establecen con carácter general los requisitos de observar. Esta técnica legislativa de remisión al organismo competente es, en principio, compatible con la autonomía municipal y su ejercicio, pudiendo, en consecuencia, dentro del marco trazado por el Decreto-Ley, aprobar los Ayuntamientos sus propias cláusulas de revisión de precios. Tal afirmación nos permite, con todos los respetos para la Asociación recurrente, admitir *ab initio* la legitimidad de la Corporación demandada, para, siempre dentro del respeto a la normativa básica, desarrollar sus propias cláusulas de revisión de precios para los contratos de obras municipales. Debe rechazarse, pues, una oposición frontal e incondicionada a esta posibilidad. A juicio de la Sala, el Decreto-Ley de 4-2-1964, el Decreto de 11-3-1971 y la normativa que los desarrolla vendrá a constituir, en el ámbito local, un conjunto normativo en el que se debe integrar la "instrucción de servicios", aprobada el 27-9-1982, siempre que ésta no vulnere abiertamente la normativa habilitante.

En este examen de conjunto, a la luz de las argumentaciones empleadas para la Asociación recurrente, la Sala aprecia que, respecto del artículo primero, tiene razón la actora al oponerse a la exclusión de la posible revisión de precios cuando se trate de contratos de duración inferior a seis meses, pues, de mantenerse la dicción dada al precepto por el Ayuntamiento, los contratistas de obras municipales serían de peor condición que los del Estado, a quienes no se les niega de raíz esa posibilidad. Asimismo, la exigencia contenida en el artículo 22, cuando se preceptúa la necesidad de que el contratista solicite expresamente la prórroga de la obra cuando la causa de la interrupción no le sea imputable, parece resultar más gravosa para el contratante de la obra municipal, debiendo operar la prórroga de forma automática, como solicita la Asociación. Por último, la Disposición Adicional primera, al dar carácter preferente y prioritario a la Instrucción de Servicios sobre el resto de la normativa vigente en la materia, está declarando una imposibilidad jerárquica de la norma local que no parece compatible con el espíritu de "aplicación conjunta" que ha de inspirar las

revisiones de precios. Dicho de otra forma, la Instrucción de Servicios misma no podría entenderse sin el Decreto-Ley de 4-2-1964 y normas posteriores. No se trata de prioridad o prevalencia, sino de aplicación conjunta y simultánea de todo el bloque normativo.» (*Sentencia de 11 de noviembre de 1991, Sala 3.ª. Sección 4.ª, Ar. 8663.*)

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía y colaboración en la gestión de servicios de interés de la propia colectividad. Reclutamiento para el servicio militar: no supone gestión de competencias ajenas sino la colaboración en un servicio de interés para todos los ciudadanos de España.

«En otro orden de ideas sí parece oportuno poner de relieve que el planteamiento recursivo e impugnatorio que por la Federación de Municipios de Cataluña se realiza del Reglamento a la Ley del Servicio Militar, orilla una cuestión previa de indudable trascendencia, cual es que la Defensa Nacional rebasa el ámbito de la pura defensa de carácter militar apareciendo como una de las que primordialmente desarrolla cualquier Estado y, al mismo tiempo, como uno de sus fundamentos o justificaciones más características. El artículo 30.1 de la Constitución señala que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España” y dentro de ese papel de defensa, e integrado en el superior concepto de Defensa Nacional, resulta evidente el papel fundamental que desempeñan nuestras Fuerzas Armadas, cuya misión según el artículo 8 de la Constitución es la de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional” y como quiera que el Estado se halla organizado territorialmente en municipios, cuya autonomía garantiza el artículo 140 de la Constitución, y las Fuerzas Armadas tienen como misión esencial la defensa de la integridad territorial y del ordenamiento jurídico-constitucional, el Servicio Militar, a través del cual los españoles canalizan y se preparan para el eventual ejercicio de hacer efectivo el derecho y el deber de defender a España, no es una cuestión ajena a los Ayuntamientos y, en razón de ello, cuando un Ayuntamiento cumple determinadas funciones en relación con el Servicio Militar no gestiona nada que sea ajeno a su propio interés ni al de sus vecinos, puesto que se ocupa, en el ámbito de colaboración, a que alude el artículo 10.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, de aquello que garantiza su propia existencia constitucional y territorial, sin que pueda sostenerse que el citado Servicio sea algo instituido en interés exclusivo de las Fuerzas Armadas o de la Administración del Estado, sino en interés de España —concebida como una unidad que se organiza territorialmente, en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas (art. 137 de la Constitución)— y de todos los españoles que son los ciudadanos del Estado, por ello las funciones desarrolladas por los Ayuntamientos como órganos de reclutamiento, efectuando el alistamiento, la clasificación provisional de los mozos y otras tareas o cometidos conexos, se prestan, como tradicionalmente lo ha sido, no sólo en interés de la Defensa Nacional, que sería suficiente porque como se ha señalado afecta a todos los ciudadanos y, en mayor medida, a todas las Administraciones Públicas y a sus órganos correspondientes, sino en interés también de los propios vecinos a los que la proximidad de la Administración Municipal facilita el cumplimiento de la preparación para el ejercicio, en su caso, de su deber y derecho de defender a España, siendo en tal sentido la labor realizada por los municipios y que encomienda el Reglamento impugnado, con independencia del carácter de propia competencia o delegada, una labor de colaboración y de gestión de los

intereses propios de su correspondiente colectividad a que se alude en el artículo 1 *in fine* de la Ley de Bases de Régimen Local, sin que por otro lado deba perderse de vista que el Estado, conforme al artículo 149.1.4.^ª, tiene competencia exclusiva y excluente en relación con la Defensa y las Fuerzas Armadas y que la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, viene a establecer que la defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional (art. 3) y que la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada "de todas las energías morales y materiales de la Nación ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles *participar en el logro de tal fin*", por lo que, conforme a los preceptos citados, la defensa nacional es una cuestión de Estado, entendido como persona jurídica internacional que engloba a otras personas jurídicas públicas y, en tal sentido, los municipios son parte del Estado, insertándose las labores encomendadas por el Reglamento cuestionado en las de colaboración participativa en las tareas de la Defensa Nacional, en la que las Fuerzas Armadas y el Servicio Militar se integran, idea de colaboración que en tanto no exista una ley sectorial que atribuya expresamente competencias, con la consiguiente dotación o el incremento de medios económicos para desempeñarlas (art. 27.3 de la Ley de Bases citada), no debe de conllevar las compensaciones económicas pretendidas.» (*Sentencia de 6 de noviembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8163.*)

B) Control. Artículo 66 de la LBRL. La excepcionalidad del supuesto permite acordar la suspensión del acto impugnado sin más audiencia que la del órgano jurisdiccional. Posteriormente podrá oírse a la entidad local.

«Por tanto, el objeto de la presente apelación versa, exclusivamente, sobre lo resuelto en el expresado Auto 14-10-1989, y, por consiguiente, la única cuestión a decidir radica en si procede o no decretar la nulidad de actuaciones por haberse dictado dicho Auto sin previa audiencia de la Corporación demandada y de la entidad titular de la licencia suspendida, quedando al margen de la presente apelación todas las cuestiones referidas a la improcedencia de la suspensión acordada; así lo reconoce expresamente la parte apelante en sus alegaciones, al decir que no es éste el momento procesal para exponer nuestras razones sobre la improcedencia de la medida cautelar de suspensión.

Para la resolución de la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que la Administración del Estado ha utilizado la *vía especial prevista en el artículo 66 de la citada Ley 2-4-1985, que autoriza a dicha Administración o a la Autónoma correspondiente a impugnar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos y acuerdos de las entidades locales que "menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades"*, a la vez que establece un régimen especial en materia de suspensión del acto recurrido al disponer que el Tribunal podrá acordarla "en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación". La excepcionalidad del supuesto exige un procedimiento sumario de suspensión que permita de forma inmediata tutelar los intereses generales o comunitarios en juego, con el fin de evitar que puedan verse gravemente afectados por la demora en la decisión, sin que, en consecuencia, se requiera en principio más audiencia que la del órgano jurisdiccional, cuya resolución deberá ir necesariamente precedida de una exposición "razonada de integridad y efectividad" del interés afectado, mientras que es en un momento posterior, en el caso de haberse accedido a la suspensión, cuando se prevé expresamente el trámite de audiencia, al señalarse en el último inciso del citado artículo 66 que "no obstante, a instancia de la

Entidad Local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación". Procedimiento que, por otra parte, no difiere sustancialmente del establecido con carácter general en el artículo 123 de la Ley Jurisdiccional, que, como señala el Auto de esta Sala de 3-7-1989, y otros varios posteriores, *sólo hace obligatoria la audiencia de las partes demandadas y coadyuvantes si es que "hubieran comparecido", condición ésta que resulta perfectamente congruente con la necesidad de proveer sin demora alguna respecto de una solicitud que puede deducirse "en cualquier estado del proceso", según el número 1.º de aquel artículo, siendo necesario evitar, con la mayor urgencia, la producción de los perjuicios que se invocan para el caso de ser denegada, como auténtica medida cautelar que es. Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos pueden ser rectificadas, en cualquier momento, a la vista de nuevos datos o circunstancias que sean puestos en conocimiento del Tribunal, por lo que nada se opone a que aquella suspensión inicial, adoptada con carácter de urgencia por el órgano jurisdiccional tras la ponderación de los intereses generales afectados, pueda ser modificada como consecuencia de la posterior intervención de los demás interesados, sin que, en consecuencia, pueda entenderse que resultan privadas de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses, desapareciendo de esta forma la indefensión denunciada. En definitiva, la atribución de la decisión a un órgano jurisdiccional, la excepcionalidad del supuesto, derivada del interés público afectado y, sobre todo, el carácter cautelar y provisional de la medida, conducen a rechazar las alegaciones del apelante, así como su petición, formulada por primera vez en esta alzada, referente al planteamiento de una cuestión prejudicial de inconstitucionalidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional, que aparece como totalmente injustificada.» (Auto de 11 de diciembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 9732.)*

V. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Reversión. Extensa doctrina sobre la naturaleza de la reversión como derecho de configuración legal. Específica aplicación a las expropiaciones por razones de interés social. Privatización de las sociedades expropiadas al grupo RUMASA.

«Es premisa previa, cuya constatación no es ociosa para dilucidar el problema planteado y el verdadero alcance del derecho de reversión, la de que este derecho subjetivo público, enraizado en la regulación de la expropiación forzosa como uno de sus elementos garantizadores, al menos en cuanto a nuestro derecho positivo se refiere, desde la segunda Ley de Expropiación Forzosa, la de 10 de enero de 1879, en su artículo 43, no tiene rango constitucional al no haberse incluido por el constituyente entre los requisitos o presupuestos de la expropiación comprendidos en el artículo 33.3 de la Constitución Española de 1978, que taxativamente enuncia como tales la causa justificada de utilidad pública o interés social, la indemnización (sin el carácter de previa) y de la "conformidad con lo dispuesto por las leyes", locución ésta que, pese a su carácter abierto y dotado de cierta imprecisión, viene sustancialmente referida a la necesidad de actuar la potestad expropiatoria con arreglo a un procedimiento preestablecido, de suerte que de modo explícito el derecho de reversión, no perteneciente —según después analizaremos— al procedimiento expropiatorio

stricto sensu, no aparece configurado en el texto constitucional como ineludible presupuesto de la operación expropiatoria; ello no obstante, cabría argüir que, desde la perspectiva de la *causa expropriandi* y entendida ésta como permanente o sucesiva, incluso después de consumada la expropiación, la retrocesión de los bienes o derechos expropiados descansa en la desaparición de la causa de utilidad pública o interés social que legitimó la ablación de la propiedad privada y, en tal sentido, el reverso o aspecto negativo de la causa se halla contemplado en el artículo 33.3 de la Norma Suprema y, por ende, también ésta erige el derecho de reversión en uno de los presupuestos garantizadores del instituto expropiatorio. Mas aparece como interpretación más segura y atendida al texto constitucional la que al principio de este fundamento se adelantó, y ello porque, en primer término, el precepto constitucional no predica de la causa expropiatoria más que su carácter de "justificada", sin hacer alusión directa o indirecta a su condición de permanente o sucesiva y, en segundo lugar, porque el entendimiento de la reversión como fundada en la ineficacia sobrevenida de la expropiación por extinción o desaparición de la *causa expropriandi*, es tan sólo uno de los enfoques doctrinales, y también jurisprudenciales, de la institución o derecho que nos ocupa, pero no el único. Así, pues, sin desconocer el carácter no de principio general del Derecho, pero sí de una importante garantía para los expropiados en el derecho de reversión, no puede por menos de afirmarse que éste es un derecho entregado a disposición del legislador ordinario, es decir, un derecho de configuración legal, en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1988, de 18 de abril de 1988 (R. T. Const. 67) (Fundamento jurídico sexto, segundo párrafo), punto de partida desde el que ha de analizarse la cuestión litigiosa.

La segunda premisa desde la que abordar la indagación del designio y alcance del apartado 3 del artículo 5.º de la Ley 7/1983, de 29 de junio, Ley de conversión por la que se llevó a cabo la expropiación, por razones de utilidad pública o interés social, de los Bancos y otras Sociedades integrantes del denominado "Grupo RUMASA, S. A.", precepto que es el núcleo de la cuestión controvertida, es la de afirmar que no toda expropiación ha de reconocer o respetar el derecho de reversión en su normal intensidad, es decir, con el contenido y configuración comunes que le asignan los artículos 54 y 55 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa y preceptos concordantes de su Reglamento ejecutivo (arts. 63 a 70 del mismo), sino que tal derecho puede ser eliminado o modulado por el legislador en algunos específicos supuestos expropiatorios, atendiendo de modo razonable y no arbitrario, precisamente, a la finalidad que orienta y legitima la privación coactiva de bienes y derechos en tales singulares hipótesis. Y así, en efecto, en el propio seno de la Ley de Expropiación vigente, antes citada, se encuentran modalidades expropiatorias en las que se elimina, bien de forma explícita, bien implícitamente como ha entendido la jurisprudencia, la garantía de la reversión. Muestra de este criterio legislativo la constituyen: *a)* en la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, los artículos 74 y 75 de la Ley; *b)* la expropiación que comprenda bienes necesarios para previsibles ampliaciones, a tenor del artículo 15.2 del Reglamento; *c)* la expropiación parcial de fincas rústicas o urbanas hecha extensiva al resto no expropiado como consecuencia del artículo 23 de la Ley, es decir, la denominada "expropiación total", en cuyo caso no se admite el derecho reversional con relación al resto incluido en la ocupación material; y *d)* la expropiación que da lugar al traslado de poblaciones cuando, con base en el artículo 87 de la Ley Reguladora, se extienda a la totalidad de inmuebles sitos en el territorio de la Entidad Local afectada, tal como reconoció la sentencia de la antigua Sala 5.ª de este Tribunal de 25 de mayo de 1981. De igual manera ha de admitirse que en las expropiaciones legislativas, la Ley singular expropiatoria puede, igualmente, suprimir o introducir alguna modulación en sentido restrictivo con relación al derecho de reversión sobre los bienes

o derechos expropiados, siempre que las determinaciones que al respecto contenga este *ius singulare* se acomoden a la finalidad de la expropiación, es decir, a su causa legitimadora, para que no puedan ser tachadas de arbitrarias o irrazonables y, en consecuencia, potencialmente lesivas para el derecho constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución; en tales términos se pronunció ya el Consejo de Estado, en el dictamen emitido por su Comisión Permanente antes aludido, con ocasión de evacuar la consulta sobre tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 2/1983, de constante referencia, al examinar en el epígrafe 2.2 de su texto, "La observancia de la Constitución", y este mismo criterio se contiene en la antes citada Sentencia 67/1988 del Tribunal Constitucional.

Si bien la expropiación legislativa singular operada por la Ley 7/1983 no se identifica con la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, regulada en el Título III, Capítulo II, artículos 71 a 75, de la Ley general expropiatoria entre los procedimientos especiales que la misma diseña, al no tener un signo sancionatorio, como ya estableciera la Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre (R. T. Const. 111), del Tribunal Constitucional, es innegable que, dada la *causa expropriandi* que se enuncia en el artículo 1.º de dicha Ley, y el propósito perseguido al atribuir a la Administración del Estado, como beneficiaria inmediata, la adquisición del pleno dominio de los derechos expropiados, nos encontramos ante una expropiación asimilable a las de dicha naturaleza, por lo que el régimen jurídico trazado por la Ley singular expropiatoria es lógico que se acomode, en cuanto sea posible, a las líneas esenciales, es decir, a los principios que vertebran la regulación contenida, para la referida expropiación especial, en los artículos 71 a 75 de la Ley de Expropiación de 16 de diciembre de 1954, lográndose así, por otra parte, la armonía con el resto del Ordenamiento jurídico que preconiza en su citado dictamen el Alto Cuerpo Consultivo. En este contexto ha de situarse, para una adecuada exégesis de la norma, la expresión "de acuerdo con los principios del capítulo II del título III de la Ley de Expropiación Forzosa" con que se inicia el precepto, cuyo designio no es la eliminación *a radice* del derecho de reversión de los expropiados o sus causahabientes, para lo que hubiera sido innecesario la inclusión de la expresión transcrita, sino la de reconocer dicho derecho en los mismos términos y con idéntico alcance con que se halla reconocido y regulado en los mencionados capítulo y título de la Ley General de Expropiación, y siendo así que no existe previsión expresa en cuanto al derecho de reversión en los artículos 71 a 75 de la referida Ley de Expropiación, la remisión normativa se efectúa a los principios que se hallan en la base de dicha regulación, de los que se infiere, como más adelante se precisará, que en las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad el derecho de reversión no es ejercitable con la misma amplitud o generalidad que en la expropiación común sino que se halla constreñido, en su ejercicio, a sólo determinados supuestos, de tal modo que, como afirma con acierto la sentencia de instancia, el artículo 5.3 de la Ley singular 7/1983 contiene una eliminación relativa o parcial, pero no absoluta, del derecho reversional.

El derecho de reversión no está reconocido, cuando de expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad se trata, en dos supuestos, tal como se infiere de los principios inspiradores de dicha modalidad expropiatoria, y, en consecuencia, tampoco en tales hipótesis cabrá ejercitar el derecho de reversión en la expropiación legislativa que nos ocupa. De una parte, en efecto, cuando existe beneficiario particular y éste incumple a su vez la función social desatendida por el expropiado, no se apodera a éste con el derecho de retrocesión de los bienes expropiados, pues en tal caso el artículo 74 de la Ley de Expropiación Forzosa previene que, no obstante la desafectación por el no cumplimiento de la *causa expropriandi*, la Administración expropiante dispone de la opción contenida en el apartado d) del artículo 75, es decir, puede

optar entre adquirir (readquirir) la cosa o derecho, o bien dejarse en estado público de venta. Por otro lado, el mero hecho de la enajenación o adjudicación a un tercero, que tiene el carácter de beneficiario, no habilita tampoco para revertir los bienes expropiados, pues se acomoda a los principios que inspiran esta modalidad expropiatoria el que la carga de afectar los bienes al fin de interés social que legitimó la expropiación no se atribuya a la Administración expropiante sino que se desplace a un tercero o particular, persona física o jurídica, que actúa como beneficiario de la expropiación y al que incumbe la carga de afectar el objeto expropiado a dicho fin, tal como se desprende de los artículos 73 y 75 de la Ley General de Expropiación; quiere decirse que el puro hecho de la transmisión del bien expropiado a un tercero no es calificable, *per se*, de desafectación y no implica el surgimiento del derecho de reversión en favor de los originarios titulares de aquél. Trasladando estos principios al concreto ámbito de la expropiación legislativa operada por la Ley 7/1983, ha de concluirse que no existirá derecho de reversión si el beneficiario mediato o tercer adquirente de las acciones transmitidas incumpliera el fin o fines de interés social, ni tampoco es invocable el derecho de reversión cuando la Administración del Estado, como beneficiaria inmediata o directa de la operación expropiatoria, enajena la totalidad o parte de las acciones o participaciones expropiadas, con base en el solo dato de la pura y simple enajenación, pues no nos hallamos ante expropiación de destino único o exclusivo en manos del sector público (a diferencia de las operaciones de nacionalización o de reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, ex art. 128.2 de la Constitución), sino ante una medida expropiatoria en la que el cumplimiento del interés social legitimador puede deferirse a un tercero, tal como previene la Ley 7/1983 en los dos primeros apartados del artículo 5.º.

La adecuada interpretación del artículo 5.3 que venimos analizando, por relación a los principios que inspiran la regulación, en la Ley de Expropiación, de la modalidad que se fundamenta en el incumplimiento de la función social de la propiedad, conduce a plantearse si existe algún supuesto en que proceda el derecho de reversión y, más concretamente, si cuando es la Administración misma, en su condición de beneficiaria inmediata, quien incumple el fin social que justificó la expropiación es ejercitable por los expropiados el derecho reversional. La respuesta ha de ser afirmativa, si bien no es fundamento suficiente el que se derive del inciso inicial del artículo 75 de la Ley de Expropiación Forzosa, al no estar incluida la reversión entre las particularidades procedimentales que señala dicho precepto y remitirse en lo demás al procedimiento general, pues la reversión no pertenece por su naturaleza al procedimiento expropiatorio, cualquiera sea la colocación sistemática de los artículos 54 y 55 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sino que es derecho nacido una vez consumada la operación expropiatoria, es decir, finalizado el procedimiento a través del cual aquélla se efectuó tratándose de una garantía de los expropiados. La razón de ser de la entrada en juego del derecho reversional en la hipótesis que analizamos encuentra respaldo no sólo en las tesis postuladas por un sector de la doctrina científica, sino en el Ordenamiento vigente, dado que el artículo 2.2.º del Reglamento de la Ley de Expropiación viene a disponer que en aquellas expropiaciones no reguladas por los títulos III o IV de la Ley de Expropiación pero que estén autorizadas por normas con rango de Ley, se regirán preceptivamente por la Ley general y por su Reglamento ejecutivo, entre otros aspectos garantizadores, en cuanto al derecho de reversión. Podría objetarse a esta tesis que sería contradictorio dar lugar a la reversión en este caso, siendo así que los bienes o derechos expropiados vuelven a manos del titular originario que incumplió la finalidad social a aquéllos señalada, pero no existiendo beneficiario al que se adscriba el bien expropiado y consiguiente carga de afectación a tal finalidad, y abandonando la propia Administración expropiante-beneficiaria las directrices que delimitan el contenido de aquella concreta propiedad y que la

sirvieron de título legitimador de la expropiación, ésta ha de quedar sin efecto, dando la posibilidad a los primitivos dueños o a sus causahabientes de la retrocesión a su patrimonio de aquellos bienes o derechos; así lo permite, en regulaciones de la expropiación que obedecen o se inspiran en el incumplimiento de la función social de la propiedad, el artículo 253 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario —texto aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero—, y más recientemente es admitido, como excepción a la regla general de improcedencia de la reversión en expropiaciones motivadas por el incumplimiento de deberes urbanísticos, por el artículo 75.1.c) de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que permite la retrocesión si en determinado período temporal no se concluye, por la Administración urbanística beneficiaria, la edificación o urbanización, según se trate, respectivamente, de solares o terrenos en trance de urbanización. Así, pues, ha de concluirse por la procedencia de la reversión en el caso antes citado de incumplimiento del fin social legitimador de la medida expropiatoria cuando es la Administración Pública, como beneficiaria, quien asumió la carga de la afectación de los bienes al fin concreto de interés social, dejándola sustancial y efectivamente incumplida.» (*Sentencia de 30 de septiembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6096.*)

VI. POLICÍA

Espectáculos públicos. Régimen singular en materia de horarios y validez de las disposiciones sancionadoras.

«El señor Abogado del Estado impugna la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 31-10-1989, que anulaba las resoluciones de la Delegación del Gobierno de Madrid de 29-4-1987 y su confirmación en alzada por el Ministerio del Interior en 18-1-1988, que imponían la multa de 10.000 pesetas a "P. A. de B., S. A." por infracción del horario de cierre del establecimiento de su propiedad "Cafetería A. W." al amparo de lo dispuesto en el artículo 81.35 del Reglamento de Espectáculos Públicos de 27-8-1982, al entender la sentencia apelada que el precepto sancionador carecía de la adecuada cobertura legal.

No siendo controvertida la cuestión de hecho atinente al incumplimiento del horario de cierre fijado en la Circular de 19-12-1981, en relación con la Orden del Ministerio del Interior de 23-11-1977, la problemática suscitada en el presente recurso queda reducida a la apreciación de la cobertura legal adecuada al artículo 25.1 de la Constitución del precepto sancionador o del artículo 81.35 del Reglamento de Espectáculos de 1982 y a la interpretación del Real Decreto-Ley de 30-4-1985 sobre libertad de horarios.

Como tiene repetidamente declarado este Alto Tribunal en SS. de 6-9-1989, 5-6 y 20-10-1990, es plenamente legal la Orden de 31-7-1985 que excluye la libertad de horarios, genéricamente establecida en el citado Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, a los establecimientos de espectáculos públicos y actividades recreativas porque la libertad de horarios, como medida de política económica genéricamente establecida en función de la ordenación económica del país, se establece para los locales comerciales, entendidos éstos en la acepción que les es propia y característica en relación con las actividades de esa naturaleza para adecuar la productividad a las necesidades y demandas de los consumidores, resultando evidente que los espectáculos, Salas de Fiestas, Discotecas, Cafeterías y otros de análoga naturaleza quedan fuera del ámbito de las medidas adoptadas en el Real Decreto-Ley citado, pues estos establecimientos están destinados a distraer el ocio o proporcionar divertimientos o consumiciones

como objeto inmediato y directo en los que prevalecen las medidas de policía sobre las de fomento del Comercio, no existiendo colisión entre normativas singularizadas por sus diferentes designios y que nacen de diversos órganos de la Administración, teniendo una un carácter público que ha de estar tutelada por una ordenación especial diferente de la otra exclusivamente dirigida a flexibilizar las operaciones mercantiles, por lo que cabe hablar del principio de jerarquía normativa.

El Tribunal Constitucional viene reiterando en SS. de 7-5-1981 (R. T. Const. 1981, 15), 20-4-1989 (R. T. Const. 1989, 69) y 4-5-1989 (R. T. Const. 1989, 83), entre otras, que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, no siendo posible admitir la reserva de Ley de manera retroactiva para considerar nulas o inaplicables disposiciones reglamentarias, respecto de las cuales la exigencia no existía antes de la Constitución, y señalando las SS. de 7-5-1981 y 20-4-1989 que no infringe la exigencia constitucional de la reserva de Ley el supuesto de norma reglamentaria postconstitucional si se limita, sin innovar el sistema de infracción y sanciones, a aplicar el sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material.

La doctrina del Tribunal Supremo, no uniforme en el concreto tema aquí cuestionado, ha sido definitivamente fijada en la Sentencia de su Sala Tercera de 10-7-1991, dictada en recurso extraordinario de revisión, donde, ante sentencias contradictorias del propio Tribunal, mantiene que la doctrina correcta y ajustada a Derecho es la que reconoce la cobertura legal idónea del precepto sancionador del artículo 81.35 del Reglamento de Espectáculos de 1982, compartiendo el criterio mantenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 9-3-1985 y 9-3-1989, que declararon acomodado al Ordenamiento Jurídico el Reglamento de Espectáculos de 1982 y en particular las normas de los artículos 81 y 82, porque el citado Reglamento integra una normativa actualizada de las disposiciones del Reglamento de 3-5-1935 y 23-11-1977, adaptado a la normativa de la Ley de Orden Público, artículo 2.e.i, y artículo 260 de la Ley de Régimen Local de 1955, y así puede sostenerse la cobertura que a tal Reglamento sigue prestando la Ley de Orden Público entendida a través de criterios interpretativos ajustados a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, ya que, en un estado de normalidad, el orden público es un concepto que puede integrar el de tranquilidad pública, y en la medida en que la continuidad de la apertura de un establecimiento público potencialmente molesto pasada la hora de su cierre obligado, incide o puede incidir sobre tal valor de tranquilidad pública, susceptible de desembocar en alteraciones de la normal convivencia ciudadana, pudiendo subsumirse el hecho imputado en los supuestos previos en los artículos 2.e, 2.i y 2 de la Ley de Orden Público.

La cuestión del horario de los establecimientos públicos, las infracciones y sanciones, estaba regulado muy precisamente en los artículos 19, 52 y 59 del Reglamento de 1935 y actualizado en la Orden de 23-11-1977 en sus artículos 1.2 y 3, estando calificado de falta administrativa tanto en el artículo 20 del Reglamento de 1935 como en el artículo 8 de la Orden Ministerial de 23-11-1977 la infracción o no cumplimiento del régimen horario establecido. De aquí, que el precepto del artículo 81.35 del Reglamento de 1982 no supone innovación alguna, limitándose a calificar como falta administrativa "el retraso en el comienzo y la terminación de los espectáculos o en el cierre de los establecimientos públicos, respecto de los horarios prevenidos".

Idéntica ausencia de contenido innovador sustancial en la descripción típica de los hechos sancionables, cabe predicarse del cuadro de sanciones establecido, como se deduce del examen comparativo del artículo 82 del Reglamento de 1982 en relación con el artículo 20 del Reglamento de 3-5-1935, artículos 19 y 20.1 de la Ley de Orden Público de 30-7-1959 y 8 de la Orden Ministerial de 1977,

pues desde el principio el incumplimiento del régimen de horarios establecidos llevaba aparejado sanciones de multa y de suspensión temporal de la actividad o cierre en caso de reincidencia.

Este esquema sancionatorio de multa, suspensión o clausura de la actividad, forma parte del artículo 82 del Reglamento de 1982, donde las sanciones son también las acabadas de indicar, matizando únicamente los diferentes supuestos que pueden presentarse, pero sin alterar esencialmente los criterios contenidos en el Reglamento de 1935, ya que las sanciones de la Orden Ministerial de 1977 se remitían a lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley de Orden Público de 1959, existiendo una norma de graduación en razón a la gravedad y trascendencia del hecho realizado, antecedentes del infractor, etc., y el artículo 82.3 del Reglamento de 1982 señala los topes en que deben moverse las multas, estableciendo reglas para evitar la doble imposición de sanciones, y en el apartado 5.º perfecciona técnicamente las medidas de graduación, objetivándolas (importancia o categoría del local, incomodidad o peligro, capacidad económica del infractor, reiteración, etc.), de lo que se desprende que estamos en presencia del mismo cuadro de sanciones, técnicamente mejorado y actualizado, razones todas las expuestas que llevan a la conclusión, en el supuesto aquí contemplado, que los artículos 81.35 y 82 del Reglamento de Espectáculos de 1982 tienen la cobertura legal necesaria exigida en el ámbito sancionador de la Administración por el artículo 25 de nuestra Constitución, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional.» (*Sentencia de 15 de noviembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8276.*)

VII. SERVICIO PÚBLICO

Tarifas. Control por Comisión Regional de Precios. Debe garantizarse la financiación del servicio o acordarse las competencias económicas suficientes, sin que puedan establecerse tarifas atendiendo a criterios de política económica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Es objeto del presente recurso el acto administrativo por el que se ejerce el control de la modificación de tarifas de un servicio público, concretamente en el caso de autos del servicio de transporte urbano de viajeros. Dichas tarifas, como se pone de manifiesto correctamente en las actuaciones ante el Tribunal de instancia, tienen el carácter de precios y no de tasas, por lo que les resulta aplicable el régimen de precios establecido por el Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto.

Por otra parte, está fuera de duda la competencia de la Comisión Regional de Precios de la Comunidad Autónoma en virtud de la transferencia que le fue efectuada en su día por la Administración central del Estado.

Ahora bien, la cuestión controvertida consiste precisamente en el ejercicio de esta competencia por la Comisión Regional de Precios, la cual ha denegado la aprobación del aumento del precio del billete laboral basándose en que dicho aumento superaba un porcentaje determinado. Frente a ello se alegaba ante el Tribunal de instancia por la sociedad gestora del servicio que la denegación del aumento hacía imposible que se cumpliera la obligación legal de autofinanciación mediante la percepción de tarifas.

Respecto a este punto, esta Sala debe compartir la afirmación que se hace en los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada en el sentido de que por la

Comisión Regional de Precios se ha ignorado en las actuaciones la existencia de esta obligación legal.

Frente a este aspecto de la cuestión, decisivo para resolver en Derecho el presente proceso, las argumentaciones de la Comunidad Autónoma no son bastantes para desvirtuar los razonamientos de la sentencia apelada. Así, no pueden atenderse las alegaciones relativas a la autonomía municipal. Dicha autonomía no puede ser objeto de discusión, pero tampoco es imposible ampararse en ella para ignorar la situación de un servicio público municipal que debe autofinanciarse mediante las tarifas. En este sentido, la Comunidad Autónoma parece entender que dicha cuestión no ha de ser tenida en cuenta, punto de vista que no puede admitirse por esta Sala pues ello equivale a ignorar un criterio básico establecido por la Ley.

Y desde luego tampoco puede acogerse la argumentación de que dicha falta de autofinanciación no está probada, pues del expediente se deduce lo contrario, siendo la Comisión Regional de Precios de la Junta de Castilla y León la que (independientemente de sus alegaciones en el proceso) no entra en el tema, ni requiere de la sociedad municipal ni del Ayuntamiento de Valladolid documentación ninguna sobre tan importante extremo. Por el contrario, parece desprenderse de los autos que la Comisión no tuvo en cuenta el informe favorable de su propia Dirección General de Transportes y, aunque tal informe no pueda considerarse vinculante, no cabe duda de que debió ser utilizado como elemento de juicio.

Por todo ello debe entenderse que la cuestión decisiva del asunto, sobre la que debe recaer el pronunciamiento jurisdiccional, consiste en que la Comisión Regional de Precios al adoptar su decisión aplicó un criterio político y más concretamente un criterio de política económica, entendiéndolo que le era ajeno el principio de que las tarifas de los servicios públicos deben permitirles autofinanciarse.

Respecto a esta conducta administrativa procede tener en cuenta que el mencionado principio se desprende del artículo 18 de la Ley 48/1966, de 23 de julio, que es plenamente aplicable. De ahí se desprende que la decisión administrativa adoptada no es conforme a Derecho, pues las decisiones de política económica, como las demás adoptadas por los poderes públicos, están sometidas al ordenamiento jurídico, como se deduce inequívocamente del artículo 9.1 de la vigente Constitución Española.

Ciertamente, las mencionadas decisiones de política económica requieren flexibilidad y libertad de actuación por parte de las autoridades competentes, y es frecuente que se encuentren reguladas por una normativa de gran movilidad. Por lo demás, estas materias sólo lentamente vienen siendo sometidas durante las últimas décadas a un tratamiento legal minucioso que asegure la garantía, a diferencia de otros sectores de la actividad administrativa.

Pero lo cierto es que, cuando las decisiones correspondientes contravienen un precepto legal expreso, están sometidas a la revisión propia de esta jurisdicción como garantía de sumisión al ordenamiento, de acuerdo con los artículos 9 y 106 de la Constitución Española. Por tanto, a la vista de las actuaciones procesales y de los hechos a que éstas se refieren, debe declararse no conforme a Derecho el acto impugnado ante el Tribunal de instancia, por lo que procede confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos.» (*Sentencia de 20 de noviembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8835.*)

VIII. CEMENTERIOS

Concesión funeraria a perpetuidad y aplicación de la normativa vigente.

«La cuestión central planteada en el presente proceso se refiere a si es correcta en Derecho la aplicación de la normativa vigente a una concesión funeraria a perpetuidad que se llevó a cabo en 1916, cuando obviamente no se encontraban en vigor las normas estatales ni locales reguladoras actualmente del dominio público.

Al estudio de esta cuestión debe contraerse la resolución a adoptar el Derecho, toda vez que la sentencia dictada por el Tribunal de instancia no acogió las demás pretensiones procesales de la entonces recurrente que ahora comparece ante esta Sala como apelada. Por tanto, las cuestiones a examinar se refieren a las características de la concesión funeraria efectuada en su día y al problema de la aplicación retroactiva de las normas vigentes.

En cuanto al primer punto, es decir, a la concesión otorgada en su momento a perpetuidad, debe convenirse en que ese otorgamiento era posible en 1916 por no encontrarse en aquella fecha suficientemente delimitado el ámbito de aplicación del derecho privado y el público en materia de concesiones funerarias. Así, como ha declarado la S. 11-7-1989 y la más reciente de 6 marzo del año en curso que reiteraba la doctrina anterior, en la regulación de las sepulturas conviven derechos privados y disposiciones de derecho público dada la singularidad de la naturaleza y funcionalidad de esta clase de bienes.

En definitiva, no puede olvidarse que las concesiones administrativas son en nuestro Derecho bienes inmuebles a tenor del artículo 334.10 del Código Civil, por lo que dicho carácter implica la posibilidad de inscripción en el registro de la propiedad. No obstante, es claro también que la concesión funeraria está sometida a fuertes restricciones dada la inenajenabilidad de esta clase de bienes y la prohibición de que sean transmitidos a título oneroso.

Sin embargo, ello no es suficiente para enervar la validez en Derecho de la concesión a perpetuidad del enterramiento según la legislación vigente en la fecha en que dicha concesión fue otorgada. Tampoco puede admitirse, como alega el Ayuntamiento, que entender válida una concesión a perpetuidad significa que se ha producido una enajenación del bien, pues el Ayuntamiento conserva íntegramente las facultades de policía mortuoria y, llegado el caso, podría aplicar la normativa vigente en materia de traslado de cementerios.

En consecuencia, no pueden admitirse las alegaciones de la entidad local recurrente en el sentido de que en la fecha en que se otorgó la concesión no era válido tal otorgamiento si se hacía a perpetuidad.

Cuestión distinta es la relativa a las normas actualmente vigentes y a su aplicación en el caso de autos. Pues, como es sabido, tanto las normas estatales como las de régimen local consagran la prohibición de concesiones a perpetuidad, lo que está de acuerdo con las normas y criterios que constituyen actualmente el régimen propio del dominio público.

Pero lo que resulta controvertido en este proceso, una vez desechada por el Tribunal de instancia la impugnación indirecta del reglamento del Ayuntamiento de Valencia aplicable, es precisamente si la indicada legislación vigente puede aplicarse con carácter retroactivo a una concesión otorgada de forma válida en un momento anterior.

Respecto a este punto, la Sala no puede acoger las alegaciones del Ayuntamiento en el sentido restrictivo en que interpreta la prohibición de irretroactividad que se contiene en el artículo 9.3 de la Constitución española. Pues dicho precepto alude claramente a la prohibición de que tengan carácter retroactivo

las normas que afecten a derechos individuales, lo que no ha de entenderse en sentido restringido, sino en el de que no pueden contravenirse los derechos subjetivos de los particulares.

Por tanto, sin perjuicio de confirmar la declaración de la Sentencia apelada en el sentido de la validez de la normativa vigente, incluso la municipal de Valencia, debe concluirse que no es conforme a Derecho la aplicación retroactiva de dichas normas. En consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada.» (*Sentencia de 8 de noviembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8665.*)

IX. SANCIONES

Sujeto responsable. En aras a la unidad de doctrina se acata la jurisprudencia que considera inimputables a los bancos por las infracciones cometidas por sus empleados en materia de medidas de seguridad, de no constar la conducta dolosa o negligente de la empresa.

«En la línea interpretativa que sobre la cuestión debatida sientan las Sentencias de la Sala Especial de Revisión del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 17-10-1989, 15 noviembre de dicho año y 16-2-1990, decimos, acatando la unidad de doctrina, que no es que las personas jurídicas queden exentas de responsabilidad administrativa y que tal responsabilidad recaiga sobre su personal, sino que caso por caso se ha de acreditar que el sujeto destinatario de la sanción ha procedido con dolo o culpa en el incumplimiento de las prevenciones que reglamentariamente se le imponen, lo que ciertamente es una matización que no se aviene en mucho con las facultades sancionadoras en vía administrativa, pero sin que se pueda negar que ello es un principio de Derecho Penal trasladable al campo sancionatorio administrativo; en el caso de autos, ciertamente el descuido en que consiste la infracción es imputable al personal responsable de la Sucursal, pero con las Sentencias citadas la Empresa es inimputable al no constar su conducta dolosa o negligente, y mucho más si la normativa aplicable no contempla al personal como sujeto responsable, a salvo la responsabilidad laboral que le corresponda, por lo que se impone la desestimación del recurso de apelación en tanto que así acatemos la doctrina señalada, todo ello sin que sean de apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas.» (*Sentencia de 16 de octubre de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 7628.*)

X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) Recurso de revisión. El carácter cuasicasacional del recurso extraordinario de revisión permite fundamentarlo únicamente en la infracción de preceptos constitucionales, y aún con mayor razón si se trata de vulneración de derechos fundamentales.

«En este supuesto, coincidente con el resuelto por las SS. 2-11-1990 y 25-2-1991, y aun sin desconocer las dificultades que ofrece el cauce de la causa por incongruencia ejercitada (sólo ampara las situaciones procesales en que las sentencias firmes no resuelvan algunas de las cuestiones planteadas o se excedan en sus pronunciamientos de lo planteado y debatido, etc.), no puede olvidarse que el motivo de revisión esgrimido es de carácter cuasicasacional como

ha resaltado incluso la Jurisprudencia de la Sala (SS. 17-6-1987 y 4 y 17-10-1989, etc.), y en tal supuesto resultan de obligada aplicación las normas contenidas en el artículo 24 de la Constitución española (prohibición de indefensión, derecho a un proceso público con todas las garantías, utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, etc.); unido a que el artículo 5.º.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que en todos los casos en que, según ley, proceda el recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. Indudablemente, el recurso de revisión previsto en la Ley de la Jurisdicción no es propiamente un recurso de casación en sentido estricto, pero no es menos cierto que entre las causas que amparan el recurso previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción, la doctrina desde siempre (la jurisprudencia también lo ha resaltado en varias ocasiones) ha conceptualizado de causas casacionales las previstas en los apartados *a*), *b*) y *g*) del número 1 del artículo citado, lo que aparece reforzado por la especial protección que demandan los derechos fundamentales en nuestro sistema (art. 53.3 en relación con el art. 24 de la Constitución española y arts. 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Así las cosas, vemos en este supuesto y a pesar de ser el Ayuntamiento de Melilla el autor del acto administrativo (retención de cantidad por Impuesto de Tráfico de Empresas) que dio lugar a recursos ante la vía económico-administrativa y jurisdiccional, se prescindió del emplazamiento de la Corporación Local afectada, resultando a todas luces insuficiente el efectuado mediante la publicación de anuncio en el Boletín Oficial (art. 64 en relación con el 29.1.b de la Ley de la Jurisdicción) por suponer en la práctica una clara indefensión con vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución española y artículo 7.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cual ha dado lugar a una doctrina jurisprudencial reiterada con fallos declaratorios de nulidad de actuaciones, incluso después de haberse dictado sentencia, de las que son muestra las sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo de 23-1-1986, 2-6 y 23-9-1987, y del Tribunal Constitucional de 23-1, 2-5 y 27-7-1984 (R. T. Const. 4, 52 y 86), 20-12-1985 (R. T. Const. 182), 14-2-1986 (R. T. Const. 24), etc.

Es indudable, pues, que el Ayuntamiento de Melilla no pudo articular en el proceso las correspondientes alegaciones y medios de prueba pertinentes para su defensa. Y por ello se han violado los preceptos constitucionales que amparan su derecho a estar presente en el proceso, dado que el artículo 24 de la Constitución española garantiza el derecho a utilizar los recursos, etc., que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales y a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado y probado por las partes, oídas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte*, más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a la propia parte (sentencias del Tribunal Constitucional 11/87 [R. T. Const. 11], 151/87 [R. T. Const. 151] y 66/88 [R. T. Const. 66], y de 4-6-1990 [R. T. Const. 102] y Auto de esta Sala de 19-10-1990, etc.).

En consecuencia, procede declarar la viabilidad del recurso al amparo de la causa *l.g*) del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción en relación con lo dispuesto en los artículos 24 y 53 de la Constitución española, unido a que la norma contenida en el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial sanciona con nulidad de los actos judiciales cuando se haya infringido como aquí ocurre el principio de audiencia con resultado de indefensión, al no haber podido el Ayuntamiento actor formular alegaciones y menos oponer razones de fondo a la pretensión inicial y referidas al hecho —no tenido en cuenta— de haberse consignado en el presupuesto de las obras el importe del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (el contratista pudo o debió tenerlo en cuenta al formular su propuesta del precio, etc.); o el hecho referido a que la empresa adjudicataria no tenía derecho a la exención del tributo en razón del carácter y finalidad de la obra, etc.» (*Sentencia de 31 de octubre de 1991, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 7114.*)

B) *Ejecución de sentencias. Ante un supuesto de imposibilidad material y legal de ejecutar la Sentencia, es inexcusable dar audiencia a las partes para decidir la modalidad de ejecución sustitutoria, siendo nula toda actuación llevada a cabo sin la previa audiencia.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«La cuestión planteada en esta apelación al recurrir el demandante contra el Auto que no dio lugar a la ejecución por imposibilidad material o legal de la Sentencia firme de esta Sala de 7-6-87, que revocando la de Instancia decretó la nulidad del Acuerdo de la Delegación Provincial del Instituto Nacional de la Salud resolutorio del concurso 6/82 por el que se adjudicó a "SELSA" los concernientes al Hospital Médico-Quirúrgico Valme, de Sevilla, y ordenó la retroacción del expediente administrativo a partir del trámite de apertura de las proposiciones económicas de los concursantes, se consignó su resultado y se firmaron por aquéllos sus escritos y documentación aportada; debe resolverse atendiendo a la inexcusable obligación de la Administración demandada de ejecutar el mandato contenido en una Sentencia firme, artículos 118 de la Constitución, 17-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 103 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y para el supuesto de que por la índole del pronunciamiento jurisdiccional en relación con las circunstancias concurrentes no sea posible llevar a término por imperativo legal sobrevenido o por la incidencia de una circunstancia material el cumplimiento del Fallo debe sustituirse éste por el Tribunal a quien corresponda hacerlo cumplir de forma que los que hubieran obtenido una sentencia favorable a sus intereses resulten debidamente indemnizados por ese incumplimiento, mediante la sustitución del mandato judicial por otro de contenido patrimonial; a cuyo efecto los Tribunales deberán, al declarar inejecutable una sentencia, establecer la forma de ejecución sustitutoria previa audiencia de las partes en el mismo trámite de su ejecución poniéndolas de manifiesto la petición de la Administración de que se haga dicha declaración; lo que no hizo el Tribunal de Instancia en su Auto de 18-9-89, en el que efectivamente razonó de manera convincente acerca de la imposibilidad de que se siguiera tramitando un concurso convocado en 1982 cuando por otro posterior se adjudicó el servicio de limpieza a la empresa mentada, habiendo concurrido a este nuevo concurso resuelto por acuerdo de fecha 20-X-87 la recurrente, de lo que se deduce que resulta imposible que se tramitara un concurso para atender un servicio ya adjudicado ya que sería inoperante su resolución, pero no concedió la audiencia indicada para que se pronunciaran las partes personadas en el recurso sobre la forma de ejecutar la sentencia de manera sustitutoria, lo que constituye una infracción procedimental apreciable de oficio, por lo cual débese dar lugar, en parte, al recurso de apelación interpuesto, revocar el Auto apelado y ordenar al Tribunal de Instancia que conceda la meritada audiencia y se alegue lo que estimen aquéllas pertinente acerca de si dada la imposibilidad material y legal de ejecución la sentencia aducida por la Administración, cuál es la forma en que procede ser ejecutada la Sentencia firme objeto de este incidente.» (*Auto de 8 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6156.*)

XI. RESPONSABILIDAD

A) *Inactividad. Se declara la responsabilidad patrimonial de la Administración ante un supuesto de falta de vigilancia adecuada en un centro sanitario, lo que facilitó que una interna se arrojase por la ventana y falleciese.*

«Ya en trance de resolver sobre la cuestión de fondo suscitada, destacamos la intrascendencia que hay que atribuir a todo lo que el Órgano administrativo, del todo silente en la vía en que debió producirse, alega ahora para exonerar de su obligación de responder, porque se trata de una responsabilidad de carácter tan objetivo que a declararla hay lugar aun cuando el funcionamiento de la Administración fuera normal, lo que hace irrelevante que fuera o no correcta, ni es admisible que se niegue que en este caso concurre la imprescindible relación causal entre el hecho desencadenante del resultado lesivo y la lesión misma, ni, por idéntica razón, invocar la adecuada actuación profesional o el simple comportamiento humano del personal sanitario, ya que ese deber de responder, en definitiva, no consiente más excepciones que las que obedecen a una causa de fuerza mayor o a la conducta del propio perjudicado, pero es también que, si necesario fuera atender a ese comportamiento, no es que en esta ocasión se ponga en duda que en su aspecto profesional el personal se atemperó a las reglas de la *Lex artis*, sino que se trata de que, como en otras ocasiones ha sucedido, realmente no se estaba en presencia de esos genéricos supuestos de funcionamiento normal o anormal del servicio público —exigente, por su propia definición, de una actuación de carácter positivo—, sino de lo que, con acierto, ha distinguido la doctrina de los autores y ha tomado en consideración, al menos implícitamente, la jurisdicción de este Tribunal Supremo, como supuesto de “no funcionamiento”, de una actitud pasiva o inactiva de la Administración constituida por una falta de vigilancia cuando ésta resultaba especialmente demandada por las excepcionales circunstancias del caso, por más que por ello no se incida en la culpa o negligencia que se concibe como causa de imputabilidad de las esferas penal y civil —es decir, como actitud física de un sujeto que en la vida de relación no toma precauciones que, según enseña la experiencia, le darían la seguridad de no causar daño a la persona o al patrimonio ajeno—, sino tan sólo de corroborar si, abstracción hecha de tal condicionante, existió o no el simple descuido, desentendimiento o despreocupación por el posible hecho lesivo que la actitud del omitente acarrearía, bastando con ello para que se establezca el nexo causal entre la pasividad y el perjuicio.

Así resulta de muchas sentencias de este Tribunal, entre las que cabe citar las de 5 de junio de 1981, 2 de febrero y 30 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1983 y 28 de octubre de 1986, y especialmente, por referirse a conductas omisivas detectadas en Centros sanitarios, la de 29 de julio de 1986 y, muy de aplicación al caso actual, la de 12 de marzo de 1975, porque el hecho determinante de las consecuencias también consistió en que un hospitalizado que padecía trastornos psíquicos, se arrojó desde una ventana a la calle, y, por consiguiente, del expediente administrativo y de las actuaciones practicadas por la jurisdicción penal, consta acreditado sin contradicción alguna que, cuando la esposa del recurrente fue ingresada en un centro dependiente del Instituto Nacional de la Salud para que se le tratara de determinada lesión de carácter físico, aquél advirtió al servicio sanitario que se debía tener en cuenta que la misma estaba sometida a tratamiento psiquiátrico, como los encargados del mismo pudieron comprobar durante la estancia de aquélla por las reacciones anormales de ésta, hasta el punto de que, no siendo posible su convivencia en la misma habitación con otros hospitalizados, la misma fue trasladada a una habitación individual,

lo que dio lugar a que por falta de seguridad de ésta, la enferma pudiera precipitarse por la ventana causándose la muerte, y si por esto la relación de causalidad resulta indiscutible, se dieron las condiciones exigidas por la normativa que se constituye por los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, posteriormente, por el 106.2 de la Constitución, sin concurrencia de fuerza mayor alguna ni de causa exclusivamente imputable a la conducta del propio perjudicado, que en estos supuestos se identifica material y moralmente con el cónyuge y los dos hijos de la difunta, dado que el simple hecho de la muerte de una persona —como este Tribunal reiteradamente tiene declarado— produce en los familiares de aquélla un daño o perjuicio en una y otra modalidad, sobre todo cuando en el acontecimiento concurren circunstancias no naturales.» (*Sentencia de 15 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6167.*)

B) *Acción de responsabilidad.*

1. *Dictamen del Consejo de Estado. La falta del Dictamen preceptivo no permite, en caso de impugnación de la denegación por silencio del derecho a ser indemnizado, ordenar la retroacción del expediente, debiendo entrarse en el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas.*

«El Abogado del Estado, aceptando, pues, los hechos objeto de la pretensión deducida y aceptando la prueba, se opuso a que se estimara la demanda (escritos de contestación a la demanda y de conclusiones), mediante las siguientes alegaciones: *a)* que en el caso de autos no ha emitido su dictamen preceptivo el Consejo de Estado; *b)* que la acción ejercitada por el actor lo fue fuera del plazo de un año legalmente establecido; y *c)* que de no desestimarse íntegramente el recurso “ha de desestimarse el mismo parcialmente, en cuanto a la pretensión de abono de intereses”.

a) El Abogado del Estado, respecto al preceptivo dictamen del Consejo de Estado, se limita a señalar que no se ha emitido dicho dictamen, e invoca como argumento de su escueta alegación la Sentencia de esta Sala de fecha 19-1-1989. La invocación de dicha sentencia no puede tomarse en consideración porque la misma se refiere a un supuesto en que no se había sometido a dictamen del Consejo de Estado una reclamación de indemnización por daños derivados de un accidente de tráfico, y sin embargo la Administración (el Ministerio de Defensa) había *denegado expresamente* la indemnización reclamada. Pero éste no es el caso de autos; en el caso de autos, lo que destaca en el expediente administrativo es que la Administración, ante la petición de daños y perjuicios formulada, ha guardado silencio tanto para someter a dictamen dicha petición como para resolver. Ya hemos dicho que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora del hacer administrativo y enjuicia tanto la actividad como los silencios de la Administración, silencios que en el caso que nos ocupa han de ser interpretados y valorados a la luz de la Constitución. Por ello, frente a la alegación del Abogado del Estado, debemos recordar (y expresar, por tanto, en esta sentencia) que ya esta Sala tiene resuelta la cuestión planteada en el párrafo tercero de los fundamentos de derecho de la Sentencia de fecha 15-10-1990 (puede verse también la Sentencia de esta Sala de fecha 6-11-1990), que dice así: “En la serie de peticiones que con idéntico objeto y contenido dirigieron distintos grupos de farmacéuticos al Ministro de Economía y Hacienda, el Departamento destinatario adoptó dos actitudes distintas sucesivamente, pero coincidentes en la sustancia, ya de un modo o del otro se rechazaban las pretensiones formuladas. En una primera fase se dijo —por la Orden ahora impugnada— que

ese Ministerio carecía de competencia para encauzar la acción de responsabilidad del Estado por corresponderle al de Sanidad y Consumo. En la fase de impugnación, la inactividad administrativa al respecto hizo que hubiera de utilizarse el mecanismo del silencio respecto de la desestimación presunta del recurso de reposición. En ambos casos la resolución era interlocutoria y en definitiva significaba la inadmisibilidad por razones extrínsecas y, por ello, el procedimiento previo en la vía administrativa se vio privado de aquellos elementos de juicio y asesoramiento que exige el artículo 134.3 del Reglamento de Expropiación Forzosa D. 26-4-1957. *Entre ellos el dictamen preceptivo del Consejo de Estado, exigible en virtud no sólo de tal precepto reglamentario, sino de las normas con rango de Ley reseñadas al principio (véase la LO 3/1980, de 22 abril, art. 22, núm. 13, también citado anteriormente en esta sentencia), situación que en sus líneas maestras coincide con la contemplada en nuestra S. 16-11-1974 (caso "empresarios de Guinea Ecuatorial"), donde se explica ya que el régimen de la impugnación de resoluciones presuntas no consiente como solución la nulidad de actuaciones y retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los requisitos omitidos, sino que exige el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas (pretensiones de resarcimiento y su cuantificación). Lo mismo se dice en otra sentencia nuestra antes mencionada (12-6-1989), conectando esta conclusión obvia por lo demás, y pacíficamente aceptada, con los derechos de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas y, en suma, a la efectividad de la protección judicial, derechos configurados en el Tratado de Roma y recogidos en la Constitución (art. 24), con un respaldo jurisprudencial explícito del Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, cuya jurisdicción se extiende al Reino de España, así como del Tribunal Constitucional nuestro.*

Por lo razonado, queda, pues, rechazado el primer motivo alegado de oposición al recurso, formulado por el Abogado del Estado.» (Sentencia de 5 de diciembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 9283.)

2. La titularidad del crédito frente a la Administración responsable constituye una relación jurídica transmisible. La entidad adquirente de los derechos cedidos puede suceder en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiera actuado como parte.

«Se impugna en este proceso la desestimación presunta de la reclamación formulada por "M., S.A." —nueva denominación social de "T.H.-A.R.R., S.A."—, ante el Ministerio de Hacienda, sobre indemnización de daños y perjuicios causados a la mercantil recurrente "W.S.C.I., S.A.", subrogada en los derechos de la anterior, por la denegación del despacho aduanero de 200 motocicletas Kawasaki de 650 cm³, acto luego anulado por sentencia firme de la Sala Territorial correspondiente de Madrid de 26-1-1983, interesándose en el suplico de la demanda que, previa estimación del recurso, se declare el derecho de la recurrente a percibir del Estado la cantidad de 83.772.915 pesetas, más la actualización de esa cantidad con arreglo a los índices de IPC desde la fecha de la sentencia anulatoria, hasta el momento del pago y los intereses legales desde la reclamación de 22-2-1984 (*sic*) hasta su pago.

Aportado para mejor proveer el documento notarial acreditativo por exhibición de la escritura autorizada por el Notario don Salvador Z. S. de 17-5-1984, por la que la entidad mercantil "M., S.A.", reconociendo una deuda contraída con "W.S.C.I., S.A.", le ofreció a ésta para cancelarla y a riesgo de la misma el resultado que pudiera obtenerse de la reclamación económica de responsabilidad de la Administración del Estado, por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la paralización indebida de los despachos de aduanas de Bilbao y Coslada (Madrid) correspondientes a la importación legalmente autorizada de

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

una partida de 500 motocicletas Kawasaki, USA, de 400 cm³ y otra de 200 de la misma marca y 650 cm³, respectivamente, actos anulados por Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10-2-1983 y de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 26-1-1983, no recurrida por la Administración, hay que convenir en que se ha operado una transferencia en favor de la empresa subrogada en el eventual crédito y de los derechos anexos para su reclamación, susceptible de legitimar a "W.S.C.I., S.A.", para accionar en este proceso, ante la sustitución sobrevenida en la titularidad de los derechos reclamados.

Debe entenderse por ello que se trata de una relación jurídica transmisible, en la que la entidad adquirente de los derechos cedidos puede suceder en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiera actuado como parte, según el artículo 31 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8764.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS