

## II. NOTAS

### CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) EN GENERAL

*SUMARIO:* I. FUENTES: A) *Decreto legislativo. Control por la jurisdicción contencioso-administrativa.* B) *Reglamento. Titularidad de la potestad reglamentaria. Se reconoce al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, con eficacia sobre terceros.*—II. CONTRATOS: *Concesión administrativa. Validez de la exención tributaria establecida en el contrato concesional.*—III. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Reversión. Se deniega a pesar de no destinarse los terrenos a la finalidad que justificó la expropiación. Voto particular.*—IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: *Relaciones interadministrativas. Deber de cooperación.*—V. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Consortio. Régimen jurídico.*—VI. LIBERTADES PÚBLICAS: *Extranjeros:* 1. Libertad de establecimiento en casos de doble nacionalidad. Cambio de doctrina. 2. Derecho de asilo. Discrecionalidad administrativa y técnicas de control.—VII. AGUAS: A) *Naturaleza del precio del suministro realizado por entidad concesionaria.* B) *Concepto de obra hidráulica de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.*—VIII. CARRETERAS: *Publicidad. La silueta de un toro de color negro, erguido y estático, que se observa desde la carretera, no constituye publicidad.*—IX. RECURSO ADMINISTRATIVO: *Aplicación de los principios de la Ley 30/1992 a los recursos en materia tributaria.*—X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Recurso de casación:* 1. Actos administrativos de entidad local dictados en aplicación de normas autonómicas. 2. Valoración de los hechos realizada por el Tribunal *ad quem.* Voto particular.

#### I. FUENTES

A) *Decreto legislativo. Control por la Jurisdicción contencioso-administrativa. Plazo para su redacción y corrección de errores. Supuesto de modificación completa de la redacción en base a una pretendida corrección de errores. Nulidad del RDL 521/1990, de 27 de abril, Ley de Procedimiento Laboral, Título IV.*

«El objeto del debate se presenta más complicado en lo que se refiere a la segunda alegación del recurso que examinamos, cuya resolución, de ser estimatoria, se proyectará necesariamente sobre buena parte de las alegaciones del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, en especial los de Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores.

Plantea la recurrente una primera cuestión cual es que el Libro IV, referido a la Ejecución de sentencias, en su redacción final dada por la corrección de errores publicada en el "BOE" de 23 de mayo de 1990, ha de ser declarado nulo por haberse dictado notoriamente fuera del plazo de un año concedido por la Ley de Bases 7/1989.

Tal pretensión, sin embargo, debe ser igualmente rechazada, por cuanto es doctrina de esta Sala que el plazo de delegación legislativa ha de computarse exclusivamente, en casos como el que ahora nos ocupa, en relación con la fecha en que el Consejo de Ministros aprueba el Texto Articulado correspondiente, y es claro que, referido el

cómputo a tal fecha, el plazo de un año establecido en el artículo primero de la Ley de Bases 7/1989, de 12 abril, se cumplió escrupulosamente, sin que quepa olvidar, por otra parte, que, en lo que a rectificaciones de error se refiere, éstas pueden efectuarse en cualquier momento sin sujeción a plazo alguno; así lo establece también la jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra reciente la Sentencia de 25 junio 1997 (RJ 1997, 5382), dictada en recurso 7319/1992, que en su fundamento jurídico sexto afirma que "no es admisible, como pretende el recurrente, que la corrección de errores efectuada haya supuesto un exceso en el ejercicio de las facultades para refundir (en nuestro caso aprobar el Texto Articulado) ejercidas por el Gobierno por haber agotado éste su mandato, pues claro es que se trataba de simples erratas que ya existían en el Texto aprobado por el mismo y que como tales podrían corregirse en cualquier momento, sin implicar ello un ejercicio de las potestades de refundición".

La doctrina citada es plenamente aplicable al caso de autos, sin que quepa alegar en contrario que aquí no se trata de erratas, sino de alteraciones sustanciales, pues ello sólo incide en el aspecto formal en que haya de efectuarse la rectificación, sin que la exigencia de norma de igual rango que el de la disposición que se corrige, que exige el artículo 19 del Real Decreto 1511/1986, de 6 junio, suponga la necesidad de dictar un nuevo Real Decreto Legislativo de aprobación del Texto Articulado, sino que la exigencia del precepto citado es, como queda dicho, una simple exigencia formal que en nada altera su naturaleza de instrumento normativo de corrección de errores, exigencia formal, que ya lo adelantamos, nada tiene que ver con la de si se han o no observado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad normativa por vía delegada, ya que esto excedería del ámbito competencial de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ahora bien, no se agota aquí el debate abierto por la recurrente en la "alegación jurídica-material o fundamento de derecho" segundo de su escrito de demanda, ya que nos queda un segundo problema por resolver, y éste no es otro que el relativo a los efectos que se derivan de no haberse observado el procedimiento establecido en el artículo 19.2.b) del Real Decreto 1511/1986, de 6 junio, para llevar a cabo la rectificación de errores en cuestión y, en este punto, es necesario concluir que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento reglamentariamente previsto, puesto que no existe duda que la rectificación supone una alteración sustancial del contenido de la norma, tal como fue inicialmente publicada, hasta el punto que la propia Administración demandada admite que estamos ante un error en el contenido de la disposición al señalar que se produjo un error en la remisión del Texto y, de otra parte, en la corrección de errores publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 23 de mayo, se afirma literalmente al referirse al Libro IV que nos ocupa que: "El Libro IV.—De la Ejecución de sentencias, que abarca según el texto publicado los artículos 235 a 304, es objeto de nueva publicación íntegra (arts. 234 a 303), advertidos, los errores sustanciales que contiene".

No obstante, aun cuando la recurrente plantea el hecho de que la rectificación de errores se ha llevado a cabo sin respetar la exigencia de rango normativo establecida por el artículo 19.2.b) del Real Decreto 1511/1986, de 6 junio, razón que, afirma, invalida la corrección de errores efectuada, si analizamos el artículo 19.2.b) del Real Decreto 1511/1986, es fácil deducir que, como hemos afirmado anteriormente, lo que el precepto quiere es que cuando se producen errores u omisiones que puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, tales errores se salven mediante una disposición de rectificación de errores de igual rango que la norma en cuya publicación aquéllas se han producido. No se trata, como ya dijimos, de que sea preciso dictar un nuevo Real Decreto Legislativo aprobando un texto distinto al primeramente publicado, sino de que únicamente, por una razón de garantía en la rectificación, ésta se lleve a cabo por una norma, en este caso de rectificación de errores, de igual rango que la rectificadora, pero sin que ello altere en absoluto su naturaleza, razón por la cual, en cuanto al requisito temporal es aplicable la doctrina antes expuesta.

Del texto transcrito en la corrección de errores se observa que en relación con el

citado Libro no estamos ante una rectificación de simples errores de transcripción o irrelevantes en cuanto al sentido de la norma, sino que, como literalmente se afirma, estamos ante un caso de nueva publicación porque los errores, se admite, no tienen carácter de meros errores u omisiones materiales, sino que se trata de errores sustanciales, y lo cierto es que como tales han de calificarse tanto la inclusión en los procedimientos para la liquidación de bienes embargados, artículo 260 del Texto de 23 mayo 1990 (261 del Texto de 2 mayo 1990) de un procedimiento por subasta ante fedatario público, no incluido en el primer Texto publicado en el "BOE" de 2 de mayo de 1990, como la rectificación que se lleva a cabo en relación con la supresión en el Texto publicado el 23 mayo 1990 del artículo 273 (274 en el Texto del 2 de mayo), del requisito de anotación en el Registro Mercantil del auto firme de insolvencia del empresario, si en aquél figurase inscrito el empresario ejecutado.

Del mismo modo han de calificarse las alteraciones contenidas en los artículos 238 y 278 del Texto publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 23 de mayo de 1990, en relación con los artículos 239 y 279 del publicado en el de 2 de mayo, ya que del primero se suprime el apartado 2.b) y con él la posibilidad de incrementar hasta el doble el interés anual devengable sobre las cantidades adeudadas, en atención al perjuicio causado por el incumplimiento, en los supuestos de incumplimiento de obligaciones declaradas en sentencia; en tanto que en el artículo 278 (279 del Texto de 2 de mayo) se produce una importante reducción del "quantum indemnizatorio" que alcanza al 50% del total en algunos aspectos.

Las alteraciones producidas en la norma en modo alguno pueden calificarse como errores materiales, sino que, como hemos dicho, acertadamente en la propia rectificación de errores se les califica de alteraciones sustanciales, lo que ya de por sí los hace incompatibles con el sistema de rectificación de errores utilizado, y quizás por eso en aquélla se advierte que a lo que se procede en relación con el Libro IV es a una nueva publicación, olvidando lo dispuesto en el artículo 19 del RD 1511/1986 antes citado, en el sentido de que en los casos en que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, como ya dijimos, exige que la rectificación de errores se lleve a cabo mediante disposición de igual rango.

Lo hasta aquí expuesto nos ha de conducir necesariamente a entender que la rectificación de errores publicada en el "BOE" de 23 de mayo de 1990, en lo que al Libro IV del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 abril, se refiere, se ha producido prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente previsto y por tanto resulta nula de pleno derecho. Ello, sin embargo, no puede llevar a la conclusión de que el Texto publicado en el "BOE" de 2 de mayo de 1990, en palabras del recurrente, "no puede revivir", puesto que, invalidada la rectificación de errores el Texto publicado el 2 de mayo de 1990 conserva inicialmente su validez sin perjuicio de la facultad que corresponde al Consejo de Ministros de acordar la rectificación de errores, con arreglo a lo que establece el artículo 19, norma segunda, apartado b), del Real Decreto 1511/1986, que estime oportuna, si así lo considera procedente, en cualquier momento sin condicionamiento temporal derivado del plazo de habilitación.» (*Sentencia de 3 de octubre de 1997, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 7704.*)

**B) Reglamento. Potestad reglamentaria. Se reconoce al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas potestad reglamentaria con efectos sobre terceros. Habilitación del legislador en razón de la especialidad eminentemente técnica de la materia o por su versatilidad en el tiempo.**

«Por razones metodológicas conviene examinar conjuntamente los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto, ya que todos ellos se dirigen a poner de manifiesto la in-

fracción que, a juicio del recurrente, ha cometido la sentencia de instancia, al negar al ICAC competencia para dictar la resolución cuestionada.

La sentencia, en efecto, niega a dicho organismo potestad reglamentaria externa, es decir, para dictar normas que deben cumplir todas las empresas (personas físicas o jurídicas). En este sentido, se dice en la sentencia que la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, de 20 diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, no respeta el principio de jerarquía normativa al permitir al ICAC aprobar, mediante resolución, normas de obligado cumplimiento que desarrollen dicho Plan, y sus adaptaciones sectoriales en relación con las normas de valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales.

Si bien el artículo 97 de la Constitución Española confiere al Gobierno la potestad reglamentaria directa u originaria, ello no excluye que los Ministros, autoridades y órganos de inferior jerarquía, la tengan también atribuida, como claramente se infiere del artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957. La potestad reglamentaria autónoma de éstos, sin embargo, se constriñe a aquellas materias relativas a su ámbito interno o, como dice el propio precepto, a "las materias propias de su departamento", entre las que se suelen incluir las referentes a su organización y a las relaciones de sujeción especial. Fuera de este campo puramente doméstico, no hay en manos de tales autoridades y órganos una potestad normativa propia *ad extra*, con facultad de afectar a las relaciones de sujeción general en que se encuentra el común de los ciudadanos respecto del Estado, ni a sus derechos y obligaciones.

Pese a lo señalado por el Abogado del Estado, no existe la menor duda de que la resolución impugnada va más allá de lo estrictamente interno u organizativo, ya que su finalidad principal, como su preámbulo dice, es desarrollar los criterios de valoración de los distintos elementos patrimoniales de las empresas, especialmente los referidos al inmovilizado inmaterial —gastos de investigación y desarrollo, propiedad industrial, fondo de comercio, derechos de traspaso, aplicaciones informáticas, derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero—; y, en este sentido, trasciende de lo simplemente intrínseco para expandirse al régimen de contabilidad de las empresas, que ha dejado de ser de aplicación voluntaria, como lo era durante la vigencia del Plan General de 22 de febrero de 1973, al convertirse en obligatorio para todas ellas, "cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria" —art. 2.º del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre—.

Ahora bien, aunque los centros de producción normativa, entre los que cabe incluir al ICAC, no pueden autónomamente dictar este tipo de reglamentos, sí que es posible una habilitación conferida por el legislador para que, dada la especialidad eminentemente técnica de una materia o su versatilidad en el tiempo, que haría difícilmente oportuna, por tardía, la regulación mediante Ley, puedan los mismos promulgar disposiciones fuera de su margen organizativo. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 135/1992 (RTC 1992, 135), 185/1995 (RTC 1995, 185) y en la más reciente 133/1997.

Es esto lo que ha ocurrido en el caso que ahora contemplamos, y así lo manifestó el Consejo de Estado al emitir su dictamen en relación con el Real Decreto 1643/1990, de 20 diciembre, cuando aún estaba en fase de proyecto. En efecto, el artículo 2.2.b) de la Ley 19/1988, de 12 julio, que regula la Auditoría de Cuentas, al referirse al contenido del informe de dicha auditoría, dice que debe expresar, entre otros datos, la opinión del auditor sobre si se han preparado y presentado las cuentas anuales de conformidad con los principios y "normas contables" que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En dicho precepto se encuentra el respaldo de una remisión normativa, que se recoge en la disposición final quinta del mencionado Real Decreto, y se corresponde con la cuarta Directiva europea (art. 38), cuando establece que la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. Como indica el dictamen del Consejo de Estado, "la competencia atribuida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas es, propiamente, una actuación homologadora de los que, en la praxis contable, han sido aceptados con un

grado de generalidad que justifique su inclusión en el concepto genérico utilizado en el artículo 38.1 del Código de Comercio". Se trata, en definitiva, de elevar a la categoría de norma escrita los usos sobre la contabilización de determinados hechos económicos.

Admitida, pues, la competencia del ICAC para dictar la resolución impugnada, en nada se interfiere con otras competencias de propuesta al Ministerio de Economía y Hacienda, que se le atribuyen por el artículo 8.º.2 de la Ley 19/1989, de 25 julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas europeas, ya que las unas no excluyen la otra.

En consecuencia, los motivos deben acogerse, pues lo que ha hecho la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990 es dar efectividad a la habilitación para dictar normas contables que la Ley 19/1988 ha conferido al ICAC y que se han traducido en la resolución recurrida. Aquel Real Decreto no infringe, por tanto, el principio de jerarquía normativa, al margen de lo que después diremos respecto de los límites en que debe moverse la norma del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.» (Sentencia de 27 de octubre de 1997, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7758.)

## II. CONTRATOS

*Concesión administrativa. Establecimiento de exenciones a favor del concesionario. La Administración no puede dejar de aplicar la exención, a pesar de su manifiesta ilegalidad, al haberse incluido en un convenio concesional. La exención es un elemento del contrato que no puede desconocer una de las partes.*

«El Pleno del Ayuntamiento de Cullera, en sesión extraordinaria de 29 de diciembre de 1961, vista la propuesta formulada por la empresa "Construcciones Generales Mediterráneas, S.A." (CONGEMESA) y conforme al dictamen conjunto de las Comisiones Informativas de Urbanismo y de Hacienda, adoptó el acuerdo, por unanimidad, actuando como propietario de bienes propios que no producen renta y de inútil aprovechamiento de otra índole, de convenir, con la citada empresa, la realización por ésta de las obras de urbanización, con finalidad turístico-residencial, del "Monte de Cullera", con las siguientes condiciones, entre otras: "Novena.—La compensación de las inversiones se efectuará mediante la cesión en propiedad, a la empresa, del 85% de los solares que fueran resultando de su labor urbanizadora, quedando de la propiedad municipal el 15% restante, así como todos los espacios destinados a vías públicas, zonas verdes, servicios públicos, zonas de protección Histórico-Artístico-Monumental, etcétera"; y "Undécima.—La empresa queda exenta del pago de derechos municipales derivados de la ejecución de las obras urbanísticas y, asimismo, del arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos correspondiente a la primera transmisión de solares a terceros".

Constituida, con capital íntegramente municipal, el día 22 de diciembre de 1962, la "Empresa Municipal Urbanizadora de Cullera, S.A.", y subrogada, la misma, en los derechos ostentados por la Corporación en el citado "Monte de Cullera", suscribió un Convenio o contrato de colaboración con CONGEMESA, de fecha 3 de junio de 1963, en orden a la planificación, urbanización y parcelación del mencionado "Monte", tal como se había indicado en el Acuerdo de 29 diciembre 1961, y con arreglo, entre otras, a las siguientes condiciones: "Octava.—Los convenios concertados entre el Ayuntamiento y CONGEMESA quedan sustituidos por el presente...; no obstante, se estiman subsistentes los Acuerdos municipales de 17 noviembre y 29 diciembre 1961, en lo que se refiere al otorgamiento de exenciones de contribuciones o impuestos municipales...".

La compraventa de un porcentaje de los solares de la "Urbanización del Monte de San Antonio de Cullera" se realizó, por don José María D. B., como comprador, a CONGEMESA, como vendedora, en documento privado de 2 de abril de 1962, por el precio alzado de 100.000 pesetas, pagadas al suscribirse el contrato.

Dicho documento privado se elevó a público por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia, otorgándose la escritura, ante Notario, el día 16 de octubre de 1978, por el señor Magistrado-Juez don Antonio Monzó Soler.

Para determinar los metros cuadrados que le correspondían al señor D. en virtud del anterior contrato, se tramitó otro juicio ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia, cuya sentencia, confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y en casación por la Sala Primera del Tribunal Supremo (con fecha 14 octubre 1985 [RJ 1985, 4842]), estableció que los solares vendidos por CONGEMESA, correspondientes al citado precio de 100.000 pesetas, tenían una superficie de 5.417 m<sup>2</sup>.

Y, el 10 de mayo de 1988, CONGEMESA y el señor D., en cumplimiento de la sentencia, otorgaron la escritura de concreción, determinación y transmisión de los tres solares o parcelas de autos, que son los que han dado lugar al giro de la liquidación objeto de controversia.

La cuestión planteada en las presentes actuaciones se contrae, en esencia, a determinar si dicha venta constituye una primera transmisión de los solares o parcelas a tercero y si, con abstracción de la legalidad de la exención concertada en el Acuerdo municipal de 29 diciembre 1961 y en el Convenio suscrito el 3 junio 1963, debe aplicarse, o no, la misma a dicha transmisión inmobiliaria, con la consecuencia, en su caso, de no ser factible el giro del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

La sentencia apelada ha declarado que no resulta viable la aplicación de la exención, por no permitirlo lo dispuesto en los artículos 69 de la Ley General Tributaria, 352 y 353 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, y 719 de la Ley de Régimen Local de 1955, ya se atienda a la legislación vigente en los años 1961 y 1963 o ya a la aplicable en el año 1988.

Y el Ayuntamiento mantiene la tesis sustentada por dicha sentencia de instancia, en base, entre otros razonamientos, al hecho de que el "arbitrio" objeto de presunta exención en el acuerdo de 1961 no es, en su opinión, lo mismo que el "impuesto", de igual nombre, vigente a partir del 1 de enero de 1979 (y, por lo tanto, en el año 1988).

A la vista de todos los elementos de juicio de que se dispone, la Sala entiende, dentro del principio de unidad de doctrina y siguiendo el criterio sentado, para asuntos semejantes, en las Sentencias de 5 abril 1991 (RJ 1991, 2897) y 25 mayo y 8 junio 1992 (RJ 1992, 5088 y 5904), que procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia.

El argumento básico de tal conclusión descansa en el hecho de que el alcance del beneficio fiscal concertado en el ámbito del Acuerdo municipal de 19 diciembre 1961 y el contrato o Convenio de 3 junio 1963 ha de considerarse desde una óptica diferente de la que se manifiesta, en principio, en los artículos 9, 10.b) y 69 de la Ley General Tributaria (principio de reserva legal), 659.2 y 719 de la Ley de Régimen Local de 1955, 89 y 90 del Real Decreto 3250/1976, de 30 diciembre, y 352 y 353 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, e incluso 31 y 133 y 134 de la Constitución, que parten, en su conjunto, de la naturaleza pública de la relación jurídica tributaria e impiden al acreedor (la Administración Pública) la disponibilidad singular de su crédito, pues, al contrario de lo que se infiere de tal grupo normativo, en el supuesto contemplado en este proceso, el beneficio tributario se inserta, dentro del complejo económico-jurídico propio del convenio concertado —en las dos fases tantas veces citadas— entre el Ayuntamiento y la Sociedad Anónima Municipal, por un lado, y CONGEMESA, por otro, como una más de las contraprestaciones que ha de recibir dicha última sociedad y cuya supresión unilateral "ex post facto" alteraría irremediabilmente el equilibrio económico tenido en cuenta por las dos partes al contratar (o sea, al presentarse la propuesta determinante del Acuerdo municipal de 29 diciembre 1961 y al sus-

cribir, posteriormente, el Concierto de 3 junio 1963), quiebra o alteración unilateral que resulta, ahora, tanto más rechazable cuanto que deriva de la invocación de una ilegalidad o nulidad que, de ser cierta, dimanaría, sólo, de la parte que la alega para beneficiarse de ella a costa del concesionario.

En el mismo sentido, y a mayor abundamiento, es evidente que lo que implica el contenido de las condiciones o cláusulas undécima del Acuerdo de 1961 y octava del Concierto de 1963, *más que un pacto tributario, es una simple contraprestación al conjunto de las obligaciones asumidas por CONGEMESA* (entrega del 15% de los solares ya urbanizados, de los servicios y elementos públicos de la Urbanización y de las demás obras comprometidas a realizar en el Monte de Cullera y en el resto del término municipal), en cuanto el Ayuntamiento y, después, la Sociedad Anónima Municipal (EMUCSA) exponen tal circunstancia, la exención, de forma condicionante para el otorgamiento del acuerdo y del concierto, postura plenamente válida, y CONGEMESA formula su propuesta y acepta el concierto atendiendo, precisamente, entre otros motivos más o menos relevantes, a la oferta municipal de no cobro de tributos (el arbitrio o impuesto, entre otros, sobre el Incremento del Valor de los Terrenos correspondiente a las primeras transmisiones a terceros —como la de autos— del 85% de los solares resultantes de la urbanización del Monte de Cullera), por lo cual esa estipulación se consagra como motivo determinante del acuerdo y del concierto, concepto ajeno, por tanto, al calificado como pacto tributario, porque la exención ha sido convenida reputándola como compensación de unas contraprestaciones asumidas de contrario, no siendo aplicable, en consecuencia, el artículo 719 de la Ley de Régimen Local de 1955. Otra interpretación llevaría a la conclusión de que dicha cláusula o condición era totalmente inválida o nula desde su origen y al consecuente absurdo de resultar inexplicable e ilógico su establecimiento unilateral por la Administración Municipal.

Tal exención forma parte, pues, del equilibrio económico del concierto de colaboración y fue otorgada, en su día, como contrapartida municipal a la mejor y plena realización, por CONGEMESA, de las obligaciones bilateralmente aceptadas, y no es posible, por tanto, que el Ayuntamiento intente suprimirla o modularla negativamente, de forma unilateral, porque ello supondría desvirtuar la justicia y la equidad e infringir la juridicidad immanente al carácter sinalagmático del vínculo que une a la Administración titular inicial del terreno y a la empresa aceptante de la realización de su urbanización integral.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 719 de la Ley de Régimen Local de 1955 dispone que las Corporaciones Locales, al acordar la imposición y ordenación de las exacciones, deberán tener inexcusablemente en cuenta que la obligación de contribuir es siempre general en los límites de dicha Ley, de modo que aquéllas no pueden declarar otras exenciones que las concretamente previstas y autorizadas en la misma, debiendo entenderse derogada toda otra exención en vigor, aunque se funde en razones de equidad, analogía o equivalencia o en especial consideración de clase o fuero, *tal precepto ha de ser objeto de precisiones*, pues la generalidad a que se refiere afecta sólo al acto inicial de imposición u ordenación de exacciones, y el Ayuntamiento (y, en su lugar, EMUCSA), al convenir y plasmar las mencionadas condiciones undécima del Acuerdo de 1961 y octava del Concierto de 1963, no realizó un acto de imposición u ordenación fiscal, *sino que estableció un pacto, pacto-exención que fue uno de los motivos determinantes de la formulación de la propuesta de colaboración, de la adopción del Acuerdo de 1961 y del subsiguiente Concierto de 1963 y que constituye, aun hoy, una situación convenida o contratada o negociada y, por tanto, una situación singular, traducción de una compensación onerosa, y lejos, pues, de todo matiz condenatorio, que debe ser respetada*.

Además, la Jurisprudencia de esta Sala viene sustentando la validez de tales ciertos compensatorios o contraprestaciones con base, por un lado, en el principio fundamental que preside la contratación administrativa del *contractus lex*, en virtud del cual los contratantes vienen obligados al cumplimiento de sus obligaciones respectivas y a asumir las cargas que estipularon en tanto en cuanto no desaparezca aquél; y, por otro lado, en el respeto debido a los acuerdos en materia de exenciones

locales cuando se hubieran otorgado a título oneroso, bien con fundamento en el principio de buena fe que debe presidir los negocios jurídicos de toda índole o en el principio de la inviabilidad del enriquecimiento injusto. (*Sentencia de 25 de septiembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 7737.*)

### III. EXPROPIACIÓN FORZOSA

*No se accede a la reversión, ni siquiera parcial, de terrenos expropiados por necesidades militares en los que se explota una cantera y se ha instalado un repetidor de televisión, todo ello con fines privados, ya que se consideran actividades accesorias y compatibles. Voto particular.*

«El presente recurso de casación versa en torno a la procedencia o improcedencia del derecho a la reversión en relación con cuatro terrenos sitos en La Isleta (Las Palmas de Gran Canaria) reconocido a los recurrentes por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, mediante Sentencia dictada el 31 diciembre 1992, fundándose en que los cuatro trozos de terreno afectados formados por el Vaso de la Cantera de Rincón, el Vaso de la Cantera Basáltica, el Vaso de la Cantera llamada de Cubiertas y Tejados y el ocupado por el repetidor de TVE en La Isleta han sido destinados a fines no militares de extracción de piedra y picón y expansión del ente público RTVE, por lo que la Sala estima que concurren dos de las tres causas o motivos de reversión del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa (existencia de parte sobrante —art. 63.b) del Reglamento de Expropiación Forzosa— y haber desaparecido la afectación —art. 63.c) del Reglamento de Expropiación Forzosa—).

Considera la sentencia recurrida que, aunque las resoluciones impugnadas justifican que las autorizaciones de extracción de piedra y picón, así como para la instalación del repetidor, se han concedido de acuerdo con la Ley 8/1975 sobre instalaciones de defensa, conservando la utilización de los campos de tiro, viales e instalaciones militares de acuerdo con los informes del Estado Mayor del Ejército, previa planificación de la utilización de los terrenos para finalidades militares, además de concurrir razones de interés público y general para las utilizaciones autorizadas, la planificación militar es ficticia, pues el proyecto de mejoramiento redactado por la Comandancia de la Zona Militar de Canarias tenía por finalidad hacerlo coincidir con el redactado por la Junta de Obras del Puerto y la única finalidad pretendida era la extracción de materiales.

El Abogado del Estado, en los dos primeros motivos de casación que pasamos a examinar, plantea la infracción de los preceptos que regulan el régimen de la reversión en relación con las circunstancias apreciadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias —art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y art. 63.b) y c) del Reglamento de Expropiación Forzosa— y de la jurisprudencia que los aplica, por entender que en una correcta interpretación de los hechos no concurren las causas que la Sala aprecia.

El examen de los antecedentes obrantes en los autos, que esta Sala verifica con el fin de integrar el relato fáctico que se desprende de la sentencia recurrida, revela que los lugares en los que se ha autorizado la extracción de materiales y la instalación del repetidor de televisión constituyen enclaves de superficie reducida en relación con la correspondiente a la amplia zona destinada a fines militares que por su configuración geográfica conforma una unidad dentro de la cual se hallan situadas aquéllas.

No se ha puesto en duda por los recurrentes (por cuanto no puede entenderse como suficiente para ello el hecho de haber extendido extemporáneamente, como recoge la Sala de instancia, su petición de reversión a la total superficie de la finca, sin



haberlo hecho en el expediente administrativo) que haya dejado de cumplirse en el conjunto de la zona expropiada la finalidad de uso militar que justificó su expropiación en la fecha ya lejana de 1895 del terreno hoy litigioso a sus antepasados o causantes.

Sentado asimismo por la sentencia de instancia, de modo inconcuso y no revisable en casación, por fundarse en apreciaciones de orden fáctico, que las extracciones que se llevan a cabo en las canteras y la instalación del repetidor de televisión obedecen a finalidades civiles ajenas a la militar que preside la utilización de la zona y que justificó, como causa de utilidad pública, la expropiación, la cuestión se reduce a examinar si la dedicación a dichos fines ajenos a la expropiación de las reducidas partes de la finca en que tales actividades tienen lugar es susceptible de abrir paso a la consideración de dichas partes o porciones de terreno como desafectadas de la finalidad militar general de la zona, o bien tal afectación permite que de manera simultánea se proceda a la explotación de la cantera existente en la zona.

La interpretación conjunta de los dos motivos de reversión que la Sala de instancia contempla (existencia de porciones sobrantes y desafectación del fin de la expropiación) sólo permite considerar, desde el punto de vista del cumplimiento del fin de la expropiación, como susceptibles de reversión partes o zonas concretas de un terreno expropiado cuando adquieren una sustantividad independiente del conjunto, de tal suerte que su recuperación dominical por los expropiados no afecta al cumplimiento de la causa de utilidad pública que legitimó la enajenación forzosa de los terrenos.

Esta Sala, en efecto, viene considerando que cuando las zonas que se consideran ajenas o sustraídas al fin de la expropiación tienen un carácter accesorio del inmueble expropiado en su totalidad, de tal suerte que su reversión aislada o fraccionada comportaría una frustración de los fines de la expropiación, aun cuando éstos no se desarrollen de forma continua y plena en todo el inmueble expropiado, la reversión no es procedente. La Sentencia de 18 diciembre 1990 (RJ 1990, 10047), que puede citarse como manifestación de esta doctrina, declara compatible con la finalidad arqueológica de la expropiación de un inmueble, dadas las características de la actividad que el cumplimiento de aquélla supone, la habilitación de una parte del edificio para biblioteca pública por la administración expropiante, subordinada a las prospecciones que se vayan demostrando necesarias y para ello se funda en que "la administración planteó la expropiación como un todo, con una finalidad única e indivisible".

En el caso enjuiciado la Sala considera que no es cierto que la planificación realizada responda a un uso militar de las canteras. Sin embargo, admitiendo este hecho, debemos observar que las características de la zona, tal como aparecen recogidas en la sentencia recurrida y se reflejan en los antecedentes obrantes en las actuaciones que permiten comprender en su plenitud las afirmaciones fácticas de dicha sentencia, revelan que, como el Abogado del Estado sostiene en su recurso, los terrenos objeto del litigio se enclavan en una zona de interés militar cuya unidad y seguridad se quebraría si aquéllos fueran objeto de exclusión, pues basta con considerar la configuración como enclaves separados y adentrados en la península que forma La Isleta de La Palma de los terrenos cuya reversión se pretende para concluir que la propiedad privada de las cuatro fincas impediría la normal utilización militar de la zona simultáneamente a la explotación de las canteras, ya que excluiría de manera definitiva dichos enclaves del cumplimiento del fin militar que motivó la expropiación, lo que por otra parte podría perturbar la regularidad de las instalaciones y obligaría a limitar las actividades militares, sin que el cumplimiento de los fines que motivaron la expropiación se vea afectado por la explotación por el Ejército de la citada cantera de manera simultánea al cumplimiento de aquéllos.

Por todo ello, no concurre la causa de reversión consistente en la desafectación del bien expropiado respecto de "las obras o servicios que motivaron la expropiación", pues los usos ajenos a ella que vienen siendo autorizados tienen un carácter accesorio y compatible con dicha utilización militar, mientras que su reversión dificultaría ésta de modo notable.

Sin que haya necesidad de entrar en el examen del tercer motivo de casación, las

consideraciones hasta aquí desenvueltas determinan la procedencia de estimar los motivos de casación formulados, de casar la sentencia recurrida y de desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, aplicando el régimen en cuanto a costas previsto por la ley para el caso de estimación del recurso de casación.»

### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el día 9 diciembre 1997 en el recurso de casación número 4682/1993.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Con todo respeto a los colegas que han compuesto la sección que ha dictado sentencia en el asunto que figura en el encabezamiento, me veo obligado a formular voto particular, por disentir del voto de la mayoría. No he creído necesario declinar la redacción de la sentencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que la jurisprudencia viene entendiendo dicha posibilidad como facultativa del ponente y en el caso enjuiciado no me ofrece dificultad alguna el reflejar en la sentencia, como he hecho con agrado, el parecer mayoritario de la Sala.

Comparto con la Sala el planteamiento fáctico de la cuestión y la premisa de que sólo son susceptibles de reversión porciones o zonas concretas cuando éstas, desde el punto de vista del cumplimiento del fin de la expropiación, adquieren una sustantividad independiente del terreno expropiado en su conjunto, de tal suerte que su recuperación dominical por los expropiados no afecta al cumplimiento de la causa de utilidad pública que legitimó la enajenación forzosa.

No parecen existir dudas acerca de que los terrenos dedicados a la explotación de la cantera están dedicados a una finalidad económica ajena totalmente a la utilización militar de los terrenos, pues nada tiene que ver con ella la explotación de materiales de construcción que, como la Sala de instancia pone de manifiesto y mis colegas aceptan, carecen del más mínimo interés desde el punto de vista de la defensa y se dedican a una finalidad ajena a las instalaciones militares de la zona.

No obstante estas circunstancias, la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala se funda, para considerar improcedente la reversión, en que la explotación de la cantera no significa una exclusión definitiva del fin militar; en que la propiedad privada de los terrenos perturbaría la regularidad y limitaría el uso militar de las instalaciones; y en que aquella explotación es compatible con los fines militares que motivaron la expropiación.

A mi juicio, sin embargo, el derecho de reversión no resulta enervado porque la desafectación del fin de la expropiación sea reversible —máxime cuando la explotación de la cantera ha venido desarrollándose a lo largo de muchos años—; la reversión no produciría más limitaciones de la actividad militar que las que ya se producen con la explotación de las canteras; y, finalmente, no basta la mera compatibilidad con los fines militares de la instalación para que pueda considerarse compatible con la causa de utilidad pública que legitimó la expropiación en su conjunto la dedicación a otros fines, de modo parcial, de parte del terreno expropiado.

Entiendo, en efecto, que sólo cabe considerar inexistente el derecho de reversión por falta de desafectación parcial del terreno en el supuesto de que existieran elementos para inclinarse a considerar que las finalidades ajenas a que se dedica parte del mismo son accesorias —y no sólo meramente compatibles— respecto de la finalidad militar. Para ello es necesario que la Administración hubiese demostrado que estamos en presencia de una explotación: a) necesaria o muy conveniente en función de la naturaleza del terreno; b) plenamente intervenida y limitada por las autoridades milita-

res, y c) inocua o, en el caso de no serlo, subordinada de una u otra forma a la utilización militar de la finca o, cuando menos, apropiada, si no necesaria, para evitar otros usos del terreno en manos privadas incompatibles con dicha utilización militar.

Sin embargo, las circunstancias fácticas del caso no demuestran que ello sea así. El examen de los autos, útil para profundizar en las afirmaciones fácticas hechas por la sentencia recurrida, revela: a) que la explotación de las canteras no se ha acreditado que sea necesaria, ni siquiera conveniente, desde el punto de vista del interés general y de las características del terreno expropiado, pues, sin perjuicio del indudable beneficio que parecen suponer para el mantenimiento del cercano puerto, la propia autoridad militar ha considerado en algún momento necesario clausurar dicha explotación, que suscita preocupaciones de tipo ecológico y desde el punto de vista de la defensa; b) la explotación, lejos de ser llevada a cabo de modo directo o indirecto por la administración militar, se ha venido realizando durante años por dos importantes empresas constructoras de carácter privado —una de las cuales ha dado incluso su nombre, en el habla popular, a la cantera explotada— respecto de las cuales no consta ni se ha justificado que hayan estado sometidas a limitación alguna que no pueda serles impuesta al amparo de la legislación general sobre zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, e incluso no ha existido inconveniente alguno en que al pie de las canteras se instale una planta de tratamiento de los materiales extraídos, la cual ha venido funcionando con normalidad; c) la explotación —en modo alguno inocua, pues comporta cierto volumen económico y una transformación sustancial del suelo— no se ha subordinado de modo efectivo a la utilización militar de la zona, pues, ante el temor confesado al riesgo de las peticiones de reversión a que la explotación de las canteras pudiera dar lugar, se redactó un proyecto de mejoramiento de las instalaciones militares por la Comandancia de la Zona Militar de Canarias, pero dicho proyecto, según aprecia la Sala de instancia, tenía por finalidad hacerlo coincidir con el redactado por la Junta del Puerto de la Luz y Las Palmas y la única finalidad pretendida era la extracción de materiales, de tal suerte que en nada, dice la Sala de instancia, beneficia dicha extracción a las instalaciones militares.

Tampoco parece que la explotación sea idónea para evitar la dedicación del terreno en manos privadas a otros fines incompatibles con el uso militar. No parece, en efecto, existir temor alguno a que el terreno pueda dedicarse a finalidades distintas, pues, como la Sala pone de relieve, se halla bajo un régimen de protección como zona natural por ley autonómica y —aunque la explotación de las canteras parece que puede ser permitida específicamente mediante la redacción de un plan parcial, según recoge la sentencia como manifestación del recurrente— el planeamiento general clasifica el terreno como sistema general con destino a parque público. Desde otro de los puntos de vista considerados, la entrada y salida de personas y vehículos y de maquinaria, en las condiciones en que ha venido desarrollándose la explotación, resulta inevitable, dado que, como queda dicho, la explotación está en manos de empresas particulares, y no consta que exista limitación relevante alguna a los movimientos propios de la industria extractiva, cuyo volumen considerable es uno de los argumentos invocados para justificar la explotación de la cantera próxima al puerto.

Parece obvio decir que no puede considerarse relevante, desde este punto de vista de subordinación a los fines de defensa del terreno expropiado, la fijación “como colaboración a los fines de defensa” de una cantidad de dinero por cada metro cúbico de material extraído que en el convenio entre la Junta del Puerto y la Gerencia de la Infraestructura de Defensa figura a guisa de compensación.

Cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a la reversión —condición resolutoria, acción reivindicatoria, invalidez sobrevenida por desaparición de la causa, desviación de poder por desviación del fin de la expropiación, vinculación de la propiedad adquirida por vía forzosa, incumplimiento de una carga impuesta a la administración en el marco de una institución de derecho público—, dicha institución tiene una doble vertiente, pues no sólo constituye una garantía de la propiedad, sino que está en estrecha relación con una idea de respeto por el poder público a los fines determinantes de la utilidad pública apreciada y declarada en el momento de acordar la

privación forzosa de la propiedad a una persona o personas determinadas, hasta tal punto que la vigente Ley de Expropiación Forzosa no ha sujetado el ejercicio de la reversión a plazo alguno de caducidad.

Así lo entendió la propia administración, que trató de prevenirse de la reclamación de los reversionistas —según se reconoce en el expediente administrativo— elaborando un plan para integrar como forma de mejoramiento de la utilización militar de los terrenos la explotación de las canteras, aun cuando la Sala de instancia concluye que esta finalidad sólo se logró de forma totalmente ficticia. Por ello considero que debía haberse entendido que la finalidad a que debían dedicarse los bienes expropiados ha sido radicalmente abandonada desviando la utilización de las zonas afectadas hacia una finalidad totalmente distinta dotada de plena sustantividad y autonomía respecto a la utilización militar de los terrenos.

En el caso que la mayoría de la Sala trae a colación —la Sentencia de 18 diciembre 1990 (RJ 1990, 10047)— no cabe duda de que, lejos de lo que ocurre en el caso que se examina en la sentencia de la que discrepo, la finalidad a que parte de la finca se dedicaba —aprovechamiento de una estancia como biblioteca pública— aparecía como racionalmente adecuada a la finalidad de mantener latente o en estado de disponibilidad la totalidad de la finca en su conjunto para las prospecciones o excavaciones que pudieran resultar necesarias para lograr el fin de rescatar un valioso patrimonio histórico, cuyo momento y lugar dependía de las circunstancias que el propio avance de los trabajos fuera determinando.

Por el contrario, la Sentencia de esta Sala, invocada en el proceso, de 30 junio 1958 (RJ 1958, 2625) declaró procedente la reversión de parte de la misma finca a la que se refiere este litigio precisamente por haberse dedicado directamente a la ampliación del Puerto de la Luz y Las Palmas, pues se estimó que la finalidad administrativa que la Junta del Puerto persigue tiene carácter civil ajeno al fin militar que motivó la expropiación y que no obstaba a la reversión el hecho de que en definitiva los terrenos no fueran a quedar en manos de los particulares por el fin público a que iban a dedicarse. En el caso que ha sido ahora enjuiciado —como pone de relieve la sentencia recurrida— la desviación del fin de la expropiación es aún más patente, si cabe, pues, aunque la extracción de materiales se dice llamada a revertir en beneficio del mismo puerto, no hay en este caso una relación necesaria con la obra pública, sino una explotación de las canteras que constituye en sí una actividad económica de carácter privado (nada impediría al organismo autónomo favorecido obtener los materiales necesarios de otras fuentes de producción, a diferencia de lo que ocurría en el caso contemplado por aquella sentencia).

Parecidas consideraciones a las hasta aquí expuestas son aplicables al terreno ocupado por el repetidor de televisión. La falta de aportación por la administración de dato alguno sobre el régimen en que dicho repetidor ha sido instalado y es explotado no permite, en efecto, concluir que la utilización del terreno dedicado a su soporte tenga carácter accesorio o subordinado respecto de la utilización militar de los terrenos. No puede olvidarse que, si es cierto que incumbe al reversionista la demostración de que el bien expropiado se dedica a una finalidad distinta de la que constituye la *causa expropriandi*, las reglas de la lógica procesal que empapan los principios de la carga probatoria exigen que, cuando dicha prueba se produce, como ocurre en el caso examinado, sea la administración demandada la que, como hecho obstativo de la pretensión del actor, demuestre que el régimen de utilización de la parte dedicada a otra finalidad se desenvuelve en circunstancias que permiten considerarla como accesorio o subordinada al cumplimiento de la finalidad de la expropiación en su conjunto.

Considero, en suma, que debían haberse desestimado los dos motivos de casación que la mayoría de la Sala ha decidido estimar, y por ello no creo necesario entrar en el análisis del tercer motivo, que tiene carácter subordinado a los anteriores, por cuanto no ha sido examinado por la Sala, si bien no quiero dejar de manifestar mi opinión en el sentido de que el mismo podría tener fundamento suficiente para dar lugar a que, sin alterar la conclusión básica de la procedencia de la reversión, en el

punto relativo a la compensación de los beneficios, a que este motivo se refiere, se matizase el fallo dictado en la primera instancia.» (*Sentencia de 9 de diciembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9351.*)

#### IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

*Relaciones interadministrativas. Deber de cooperación en el ejercicio de las respectivas competencias. La Administración municipal no puede rescindir unilateralmente su deber de cooperar con la Administración autonómica para la prestación del servicio educativo.*

«La cuestión a que se refiere el presente recurso de apelación versa en definitiva sobre el ejercicio de competencias en materia de construcción, reparación y mantenimiento de centros escolares por las Entidades Locales y las Comunidades Autónomas. En el caso de autos los actos administrativos recurridos ante el Tribunal de instancia fueron un requerimiento del municipio a la Generalidad de Cataluña para que se celebrase un Convenio de Cooperación antes de una fecha determinada, con apercibimiento de que en caso contrario el Ayuntamiento prescindiría en la práctica de la cooperación con la Comunidad Autónoma, así como el desistimiento expreso de acceder a lo que se interesó a continuación por la Generalidad, la cual dictó a la vista del acto del Pleno del Ayuntamiento una resolución en la que se requería a éste para que anulase su acuerdo.

Impugnados estos actos ante el Tribunal Superior de Justicia, la Sentencia del mismo estimó en todos sus extremos las pretensiones de la Generalidad de Cataluña. Para ello la razón de decidir de la sentencia se fundamenta en las obligaciones de colaboración de los entes locales en la materia a tenor de los artículos 25.2 y 57 de la Ley 7/1985, de 2 abril, básica de Régimen Local. Por lo demás, resolviendo sobre las alegaciones de las partes, se declara por la sentencia impugnada que tanto la disposición transitoria segunda de la citada Ley básica de Régimen Local como la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, reguladora del Derecho a la Educación, mantienen las obligaciones que establecía para los municipios la Ley de Enseñanza Primaria de 1967, norma ésta que se encuentra vigente, aunque con rango reglamentario, por haberlo declarado así la Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, de 4 agosto.

Para resolver en Derecho la presente apelación son, en principio, de tener en cuenta las alegaciones del Ayuntamiento apelante. Pues si bien contienen un cumplido estudio de la normativa aplicable respecto a la materia, se limitan en buena parte a reproducir las alegaciones ante el Tribunal de instancia y sobre todo soslayan el aspecto central de la cuestión, a saber, que los Ayuntamientos continúan teniendo la obligación de cooperar con las demás Administraciones públicas, y en concreto con las Comunidades Autónomas, respecto a los centros escolares y que esta obligación no puede subordinarse válidamente al cumplimiento de un límite temporal.

Por el contrario, deben acogerse las alegaciones de la Generalidad apelada, sólidamente apoyadas en la jurisprudencia de esta Sala, y que se contraen sobre todo a suscribir los razonamientos contenidos en los Fundamentos de Derecho de la sentencia del Tribunal de instancia. Singularmente es de tener en cuenta además la argumentación de la Generalidad sobre las obligaciones que impone a los municipios el artículo 115, apartado B), letra c), de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, de Haciendas Locales, respecto a los gastos de conservación y mantenimiento de los centros escolares.

La concordancia de este precepto con los que se citan por la sentencia impugnada es decisiva, a juicio de esta Sala, para la correcta interpretación de las obligaciones de los entes locales en la materia, incluso teniendo en cuenta que el precepto citado alu-

de sólo a la conservación y a mantenimiento de los centros y no a su construcción. Pues tras el correspondiente estudio debe llegarse al convencimiento de que asiste la razón a la sentencia apelada en la interpretación conjunta que efectúa de los preceptos aplicables de la Ley básica de Régimen Local y la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. De ello se desprende que las obligaciones de cooperación de los entes locales, declaradas por el ordenamiento vigente, no pueden quedar sometidas a la voluntad de los órganos de gobierno municipales, pues la autonomía de los municipios ha de ejercerse conforme a la normativa de carácter general, y especialmente conforme a lo dispuesto en la Ley básica de Régimen Local. Esta asegura la intervención de los entes locales en determinados ámbitos de competencia, pero establece asimismo que la ejercerá en cooperación con otras Administraciones públicas, entre ellas desde luego las Comunidades Autónomas, sin que en modo alguno esta obligación pueda entenderse que decae cuando lo decidan los Ayuntamientos.

A la vista de ello han de entenderse no conformes a derecho los actos municipales en cuanto constituían una negativa a prestar esa cooperación, por lo que debe desestimarse el presente recurso y confirmarse la sentencia apelada.» (*Sentencia de 20 de noviembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8544.*)

## V. ADMINISTRACIÓN LOCAL

*Consortio. La aproximación de la figura del consorcio a la categoría de entidad local no implica una equiparación total de sus regímenes jurídicos, puesto que la ley remite a los Estatutos del Consorcio la posibilidad de adoptar normas especiales adecuadas a sus funciones específicas.*

«La decisión contenida en la sentencia apelada, aunque elude pronunciarse expresamente sobre el tema de si el Consorcio tiene naturaleza de Ente Local, sin embargo establece una elaborada argumentación en la que en realidad subyace una plena equiparación con dichos Entes, lo que le lleva a concluir en la plena aplicación al mismo del Real Decreto 1174/1987, teniendo en cuenta la llamada expresa que en el acuerdo de aprobación de la plantilla se hace a lo previsto en la Ley 7/1985 y en el Real Decreto Legislativo 781/1986.

Pero la argumentación desarrollada entendemos que da un valor jurídicamente excesivo a esta llamada expresa.

En efecto, el precepto en el que se marcan los elementos esenciales del régimen legal de los consorcios es el enunciado en el artículo 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, en uno de cuyos apartados se establece que "los Estatutos de los Consorcios determinarán... las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero" de los mismos, lo que acredita que en atención a su carácter de entidades constituidas para atender a fines concretos y determinados, que tienen la nota de ser también competencia común de otras entidades, aunque en todo caso una de ellas debe ser una Administración Pública, el legislador no ha sometido rígidamente su organización a los tipos legalmente preestablecidos, sino que teniendo en cuenta la gran variedad de posibles fines y partícipes en los Consorcios y su consiguiente mayor o menor complejidad, la ha flexibilizado, encomendando a sus Estatutos la adopción de la que considere más idónea a las necesidades de su buen funcionamiento. En ejercicio de esta potestad, el único límite que en el artículo 25 de los Estatutos de Cadasa se establece respecto a las funciones de secretaría e intervención es que se realicen por funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales, pero sin que la exigencia de este requisito, acreditativo de la aptitud y capacidad de los llamados, pueda transferirse plenamente al ámbito de lo organizativo e interpretarse como sumisión a la reglamentación contenida en el Real Decreto 1174/1987, que no está prevista para casos tan

singulares como son los consorcios, por lo que no puede considerarse que le sea automáticamente aplicable al que nos ocupa por el hecho de que aquella aptitud y capacidad se haya descrito en la plantilla por referencia a la categoría más alta de los Secretarios de la Administración Local.» (*Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7967.*)

## VI. LIBERTADES PÚBLICAS

### *Extranjeros.*

1. *Libertad de establecimiento en casos de doble nacionalidad. Cambio de doctrina del Tribunal Supremo para ajustarse a la doctrina del TJCE. Estudio de la jurisprudencia comunitaria al respecto. El Estado de acogida no puede negar la libertad de establecimiento por el hecho de que el solicitante haya tenido su residencia habitual, su última residencia o su residencia efectiva en un país tercero.*

«En el único motivo de casación formulado, el recurrente aduce, en síntesis, que existe infracción del Real Decreto 1099/1986, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, pues la sentencia deniega su aplicación por rechazar su condición de súbdito italiano, fundándose en su doble nacionalidad italiana y argentina y en haber obtenido la homologación del título de odontólogo al amparo del Convenio Cultural de 23 marzo 1971 con Argentina, y el Tribunal carece de competencia para enjuiciar la concesión de nacionalidad italiana, por la cual no puede ser discriminado el solicitante.

Aun cuando a lo largo del procedimiento administrativo han sido diversos los obstáculos apreciados por la administración para la prórroga de la tarjeta de residente comunitario provisionalmente otorgada al recurrente, su resolución final, confirmada por la sala de instancia, es la recogida en el acuerdo que desestima el recurso de reposición planteado.

En ella se acuerda la denegación de la petición de dicha prórroga fundándose en que, teniendo doble nacionalidad italiana y argentina el interesado, y siendo de aplicación en estas situaciones lo dispuesto en el artículo 9.9 del Código Civil en cuanto a la efectividad de la nacionalidad correspondiente a la última residencia del interesado, no resulta de aplicación a éste el régimen propio de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, recogido en el Real Decreto 1099/1986, de 26 mayo, vigente a la sazón, sino el régimen general de extranjería resultante de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, y de su reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 1119/1986, que obliga a presentar la correspondiente solicitud de permiso de trabajo y residencia.

La doctrina acogida por la Sala de instancia, en cuanto confirma la expresada resolución administrativa, es acorde con la sentada en anteriores resoluciones por este Tribunal en casos muy similares (*Sentencias de 26 diciembre 1995 [RJ 1995, 9518], Recurso núm. 9613/1992, y 27 noviembre 1996 [RJ 1996, 8171]*, que se remite a la anterior). En ellas, esencialmente, se aplica la doctrina según la cual la invocación de la nacionalidad correspondiente a un país comunitario está condicionada, en los casos de doble nacionalidad, a la efectividad de la misma según el criterio de la última residencia del interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.9 del Código Civil para los casos de conflicto de normas.

Esta Sala, sin embargo, considera procedente separarse de la doctrina aplicada en dichas sentencias, con el fin de fijar un criterio general que, lejos de todo particularis-

mo selectivo, se adecue a la interpretación del ordenamiento jurídico en esta materia ajustando su jurisprudencia a la doctrina aceptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dado que a éste corresponde sentar, con carácter vinculante, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, doctrina definitiva sobre la aplicación del principio de libertad de establecimiento de los nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea consagrado en el Tratado de la Comunidad Europea y desarrollado en diversas fuentes de derecho comunitario acogidas en el derecho interno español.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente a partir de la Sentencia de 7 julio 1992, "Micheletti y otros", Asunto 369/1990, ha venido sentando en el ámbito del Tratado de la Comunidad Europea una doctrina restrictiva a la facultad de oposición de los Estados miembros a la nacionalidad de otro Estado carente de efectividad, que esta Sala venía aplicando en casos como el enjuiciado. En la expresada sentencia, dictada resolviendo una cuestión prejudicial cuyos presupuestos de hecho son muy similares a los fijados por la Sala de instancia, se declara que las disposiciones del derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro deniegue dicha libertad al nacional de otro Estado miembro que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera nacional del Estado tercero. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia se produce precisamente en respuesta a la cuestión de si, en casos de doble nacionalidad —una concedida por un Estado miembro y otra por un país tercero—, la normativa europea permite a un Estado miembro negar la libertad de establecimiento por el hecho de que el solicitante haya tenido su residencia habitual, su última residencia o su residencia efectiva en el referido país tercero.

Esta Sala observa que este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no constituye una decisión aislada, sino que obedece a una doctrina consolidada, aplicada en materias diversas y mantenida hasta el momento actual. Basta para considerarlo así con citar la reciente Sentencia de 2 octubre 1997, "Stephen Austin Saldanha y MTS Securities Corporation/Hiross Holding AG", Asunto C-122/1996, en que el Tribunal declara que el principio de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad recogido en el artículo 6 del Tratado de la Comunidad Europea debe ser interpretado en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija la constitución de una *cautio iudicatum solvi* a un nacional de otro Estado miembro que también es nacional de un tercer país, en el que tiene su domicilio, cuando esta persona, que carece de bienes y de domicilio en el primer Estado miembro, ha presentado allí, en calidad de accionista, una demanda ante un Tribunal civil contra una sociedad establecida en dicho Estado, mientras que no se impone a los nacionales esta exigencia cuando carecen en él de bienes y de domicilio.

Alega en su escrito de oposición el Abogado del Estado que el recurrente no invoca qué artículo del Real Decreto 1099/1986 es el infringido. No podemos, sin embargo, considerar inadmisibile el recurso por esta causa, pues resulta claro, en el planteamiento del motivo, que se considera infringido básicamente el artículo primero, en cuanto determina la aplicabilidad de la normativa contenida en el Real Decreto a los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, dado que la sentencia se funda en negar esta condición al recurrente.

A la vista de la doctrina sentada en el anterior fundamento jurídico procede, pues, declarar haber lugar al recurso de casación formulado, por considerar infringido el citado precepto del Real Decreto vigente en el momento de producción de los hechos.

Como reconoce la sentencia de instancia, el obstáculo que oponía la administración (aun cuando no se hace referencia a él en la resolución dictada en reposición) consistente en la falta de colegiación, ha desaparecido como consecuencia de una sentencia judicial en que se declara el derecho del recurrente a obtenerla. Asimismo, el obstáculo también invocado por la administración en la primera resolución, consistente en la existencia de un período transitorio de no aplicación del principio de libertad de establecimiento para los odontólogos ha quedado asimismo resuelto (aun



cuando con posterioridad a la fecha de las resoluciones administrativas), por haber transcurrido dicho plazo el 1 de enero de 1991. Como consecuencia de ello, y en virtud de un principio de economía procesal, procede, al resolver la cuestión según los términos del debate planteado, estimar la demanda y declarar el derecho del recurrente a la obtención de la tarjeta de residente comunitario de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto vigente en el momento en que se extinguió el período transitorio previsto en la Directiva 78/686/CEE, con sujeción al régimen establecido en aquel Real Decreto y al que resulte de las modificaciones normativas posteriores que resulten aplicables.» (*Sentencia de 11 de noviembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8303.*)

*2. Derecho de asilo. Alcance de la discrecionalidad administrativa y posibilidades de control. Análisis de la racionalidad y objetividad de la decisión, así como de su adecuación a la finalidad de la norma. Interpretación del concepto de refugiado de acuerdo con la normativa internacional.*

«El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la Resolución dictada por el Consejo de Ministros en su reunión del día 3 de marzo de 1995, que acordó denegar la concesión de asilo al recurrente, desestimando, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado, el recurso de alzada interpuesto por don Raiad T. S. contra Resolución del Ministerio de Justicia e Interior de 29 diciembre 1992.

Para determinar la aludida conformidad al ordenamiento jurídico procede tener en cuenta los siguientes antecedentes, extraídos del examen del expediente administrativo:

a) El recurrente disponía del pasaporte expedido en la República Irakí con fecha de validez hasta el 14 de agosto de 1995 y estaba dotado de visado en España por estancia para treinta días, expedido por la Embajada de Amán el 29 de octubre de 1991.

b) Según acredita en escrito núm. 628-2/13, con fecha 15 de marzo de 1985 se dictó Orden de busca y captura contra el recurrente por parte del Ministerio del Interior de la República de Irak, constando acreditado en las actuaciones, por certificación del Patriarcado Caldeo de Babilonia, que pertenece a la Parroquia católica de Santo Tomás, de confesión cristiano-caldea, en Irak, y se ha visto obligado a abandonar por las difíciles circunstancias y el trato vejatorio de las autoridades y la persecución por las Fuerzas de Seguridad de dicho país.

c) Consta incorporado a las actuaciones que fue convocado al Tribunal Militar Permanente núm. 1 con fecha 22 de junio de 1985 y se le encontró culpable de la acusación que se le imputaba, condenándole a una pena de cinco años de cárcel al ser acusado de agredir a un Oficial militar cuando estaba de servicio, por haber violado a su novia.

d) En fecha 19 de noviembre de 1991 solicita de la Comisaría General de Documentación la concesión de asilo político, formulando propuesta de Resolución la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, con fecha 28 diciembre 1992, ante el Ministerio del Interior, en la que se considera que no procede el reconocimiento de la condición de refugiado ni la concesión del derecho de asilo en España, por entender que del expediente no se desprenden indicios suficientes para considerar que se encuentre comprendido en los artículos tercero, apartados 1 y 2, de la Ley 5/1984, de 26 marzo, y en el primero A.2, párrafo 1, de la Convención de Ginebra de 1951.

e) El Ministro del Interior, en Resolución de 29 diciembre 1992, deniega la concesión del derecho de asilo e interpuesto recurso de alzada por el recurrente, se eleva por el Ministro de Justicia e Interior al Consejo de Ministros, propuesta de Acuerdo denegatorio contra la Resolución del Ministerio del Interior de 29 diciembre 1992. En dicha resolución se considera que, en el caso examinado, no existe una prueba clara

de la demostración fehaciente del hecho de persecución alegado y, además, la situación de convulsión e incertidumbre de un país del que pueda constar, incluso, su falta de respeto a los derechos humanos y a las ideas democráticas de convivencia no es motivo suficiente para estimar la pretensión, al requerirse una prueba de que tal situación se proyecta sobre la persona del interesado.

También han sido emitidos los siguientes dictámenes, que obran en las actuaciones del expediente administrativo:

1.º El Consejo de Estado, en reunión de la Comisión Permanente de 14 de julio de 1994, informa al Consejo de Ministros para que se desestime el recurso de alzada interpuesto contra la Orden del Ministro del Interior de 29 diciembre 1992, entendiendo que la inexistencia de pruebas, suficientemente indiciarias, permite apreciar que no concurren los presupuestos que fundan la condición de asilo, teniendo en cuenta la situación política y religiosa del Irak, especialmente con respecto a personas de confesión católica, por lo que, en el caso examinado, entiende el Consejo de Estado que es improcedente estimar la existencia de la persecución alegada.

2.º El dictamen emitido por el Abogado del Estado Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio del Interior entiende que no se ha probado, ni siquiera por indicios, la existencia de una persecución que justifique el asilo y la situación de una convulsión o desestabilización política no es motivo suficiente que afecte de modo directo y por razón de la ideología, religión o creencia sobre el interesado.

3.º La Secretaría General de la Comisaría General de Documentación, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, en informe de 26 de enero de 1994 entiende que no concurren las circunstancias que se mencionan en el artículo 3.º de la Ley de Asilo, la existencia de indicios suficientes que permitan deducir la realidad de aquellas circunstancias y la prueba de tales indicios por el propio solicitante, puesto que denunciar a un Oficial por la violación de su novia y no permitírsele trabajar, por no pertenecer al partido Baas, que fueron las circunstancias que le hicieron huir de Irak el 2 de agosto de 1992, no constituye suficiente indicio probatorio para la concesión de asilo, por cuanto que el régimen político de Irak, aunque tiene por religión oficial la islámica, no practica la intolerancia religiosa, incumpliendo la carga de la prueba a la parte recurrente, lo que no ha realizado, válidamente.

En el ámbito del Derecho Internacional, la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, a los cuales se adhiere España el 14 de agosto de 1977, con vigencia la Convención de 1951 desde el 12 de noviembre de 1978, y el Protocolo de 1967 desde el 14 de agosto de 1978 (habiendo sido publicado en el "Boletín Oficial del Estado" núm. 252, de 21 de octubre de 1978), establecen la necesidad de que todas las personas, sin distinción alguna, gocen de los derechos y libertades fundamentales, como consta en el preámbulo de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Texto del Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, aprobado en la Resolución 2198 (XXI) de la Asamblea de Naciones Unidas), textos que forman parte de nuestro sistema jurídico interno, en aplicación del artículo 96.1 de la Constitución y 1.5 del Título Preliminar del Código Civil, y que se completan, en el ámbito de nuestro sistema jurídico interno, con la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 mayo, textos completados por el Real Decreto 511/1985, de 20 febrero, por el que se reguló, inicialmente, el Reglamento para la aplicación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado, y el vigente Real Decreto 203/1995, de 10 febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, de 19 mayo.

Para la resolución de la cuestión planteada partimos de los siguientes presupuestos:

a) La definición del refugiado político que resulta de la mencionada normativa comprende al extranjero que tenga fundados temores de ser perseguido por motivos

de raza, religión, nacionalidad, opiniones o pertenencia a determinado grupo social, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, lo que determina la concurrencia de una serie de conceptos jurídicamente indeterminados, que reconocen a la Administración un margen de apreciación ante la dificultad que media entre dichos conceptos y la necesidad de concretar de manera positiva, en el caso examinado, si concurren las circunstancias determinantes de la concesión o denegación del asilo.

Estas circunstancias, que son, en ocasiones, difíciles de constatar, evidencian, en el caso del refugio político, la necesidad de constatar la razonable probabilidad de sufrir una persecución por los motivos indicados, que han de ser probados sobre la base de una valoración que indicará si dichas circunstancias son aptas para fundar una sensación de temor y persecución por razones de raza, sexo o religión.

b) Además, en el caso del asilo y la condición de refugiado, la Ley 5/1984, posteriormente modificada, desarrolla el artículo 13.4 de la Constitución y determina su concesión por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad y tolerancia que persiguen los Estados democráticos.

c) De conformidad con el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, concretan los artículos 2 y 3 de tal Declaración las circunstancias concurrentes para la concesión, siendo explícito el artículo tercero al establecer las causas justificativas de la solicitud y denegación, las circunstancias en las que podrán pedir las personas a las que se hubiera reconocido la calidad de refugiado y quienes sufran persecución o estén sometidas a enjuiciamiento, reconociéndose la condición de asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los instrumentos internacionales ratificados en España, y especialmente la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967, no concediéndose asilo a quienes se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos previstos en los artículos 1.f) y 33.2 de la referida Convención de Ginebra.

d) Al igual que en el caso de refugio, el carácter graciable de la protección otorgada en el ejercicio del poder soberano del Estado, presupone, en el caso del asilo, una nota de máxima discrecionalidad en la concesión o denegación, revisable en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, como han reconocido las precedentes Sentencias de esta Sala de 10 diciembre 1991 (RJ 1991, 9206) y 30 marzo 1993 (RJ 1993, 1975).

e) Incumbe a esta jurisdicción confrontar si la decisión adoptada se ha producido con racionalidad y objetividad, en concordancia y con la finalidad perseguida por la norma, toda vez que debe tenerse en cuenta que la decisión discrecional puede estar presidida por criterios extrajurídicos de oportunidad, conveniencia o de seguridad nacional, pero ha de ser el resultado, en todo caso, de una decisión administrativa que ha de estar justificada en datos objetivos sobre los que se opera, de forma que sólo debe ser anulada cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o la discordancia de la solución elegida con la realidad fáctica a la que se aplica, apartándose manifiestamente del fundamento teleológico de la norma aplicable.

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, en supuestos de esta naturaleza no es exigible una prueba plena sobre los hechos que pueden sustentar una concesión de asilo por las circunstancias específicas que entraña, pues para que tenga éxito la pretensión del recurrente es de tener en cuenta que la principal cuestión radica en que precisemos hasta qué punto es exigible la exigencia de una prueba en razón a que partiendo del hecho de que en determinados países existen unas circunstancias sociopolíticas que implican la subversión de los valores democráticos y humanos, lo que conlleva la persecución por razones de raza, de religión o de la pertenencia a determinado grupo social o político, que es contrario al sistema imperante en los Estados democráticos, se dan situaciones de convulsión e incertidumbre que impiden la obtención de elementos probatorios que acreditan la condición o situación de perseguido, pues no cabe olvidarse que tales circunstancias condicionan la conducta de los

nacionales de aquellos Estados, obligándoles a exiliarse o imponiéndoles la salida de su país de origen, al ser perseguidos, hostigados, acusados y enjuiciados en razón de la diferencia de ideas, opiniones o creencias que sostienen.

Por otra parte, tanto la petición de asilo como la de refugio está siempre motivada por una causa subjetiva, cual es la del temor o miedo de verse perseguido, que es difícilmente acreditable, al ser un estado anímico subjetivo frente a la prueba.

En el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociológicas concurrentes, sin que quepa establecer un criterio general de aplicación, permiten llegar a la Sala a la convicción precisa y necesaria de determinar la legalidad del acuerdo impugnado, siendo de significar, además, los criterios orientativos que la Unión Europea ha establecido (publicados en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" el 13 de marzo de 1996, núm. L 63/2, aprobado en Bruselas) sobre la posición común definida por el Consejo de Europa en la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo 1.º de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, existiendo como criterios determinantes: a) *La existencia de temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, de religión, de nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado.* b) *Dichos motivos han de ser suficientemente graves por su naturaleza o repetición, constituyendo un atentado grave a los derechos humanos y han de estar originados por alguna de las circunstancias anteriormente referidas: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social determinado u opiniones políticas.* c) *Para que la persecución se produzca es necesario que esos ataques y perjuicios sean suficientemente graves, sobrepasando las medidas imprescindibles para la imposición del orden público, prohibiendo o reprimiendo una práctica religiosa, incluso en el ámbito privado.*

En el caso examinado, además de no constar el informe de Naciones Unidas (ACNUR) constitutivo de una decisión adoptada por tal Organización Internacional de Refugiados durante el período de su actividad, no resultan acreditados por la parte recurrente dichos criterios aplicativos.

Los razonamientos precedentes permiten concluir, como hicimos en nuestras Sentencias de 29 junio 1992 (RJ 1992, 4729), 8 noviembre 1993 (RJ 1993, 8607), 23 junio 1994 (RJ 1994, 4972) y 10 mayo 1996 (RJ 1996, 4349), que no se ha acreditado, ni siquiera por la vía de los indicios suficientes, según exige el artículo 8 de la citada Ley 5/1984, que exista una persecución contra el solicitante, de manera que pueda temer por su vida o por el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, sin que tampoco se esté en presencia de las razones humanitarias contempladas por el artículo 3.3 de la indicada Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, como se deduce de las propias alegaciones del demandante al formular su petición ante la Administración, por lo que procede desestimar la demanda, al ser conformes a Derecho los actos impugnados.» (*Sentencia de 22 de diciembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8789.*)

## VII. AGUAS

A) *Precio del suministro realizado por entidad concesionaria. Se trata de un precio privado intervenido y autorizado administrativamente al no recibir la contraprestación la Administración. No puede calificarse de precio público.*

«Distinta consideración merece a la Sala el examen de la legalidad de los acuerdos impugnados, vuelve a repetirse, en cuanto afectan al establecimiento y Ordenanza del precio público por el suministro de agua, desde la perspectiva de que se trata de un servicio público en régimen de gestión indirecta por concesión.

A este respecto, consta en autos y ha sido acreditado en fase de prueba que la so-

ciudad aquí recurrente es titular de un aprovechamiento de aguas públicas del río Vero, inicialmente otorgado por Real Orden de 19 octubre 1907 y después ampliado por Resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 19 julio 1973, con destino al abastecimiento de aperos en la población de Barbastro.

Además, es concesionaria del mencionado servicio de abastecimiento en virtud de los Acuerdos municipales del Pleno de 5 septiembre 1906, que aprobó el Reglamento regulador de los derechos y obligaciones de la mencionada entidad respecto del abastecimiento en cuestión, y de 22 octubre 1906, que aprobó el informe en virtud del cual se establecían las bases determinantes de la concesión. La sociedad percibe de los usuarios unas tarifas, cuya modificación exige propuesta de la entidad concesionaria, informe municipal y aprobación por la Diputación General de Aragón, conforme a lo prevenido en el artículo 3.º.2.c) del Decreto de la misma 53/1987.

En la situación expuesta, resulta evidente que *la Corporación municipal* aquí apelada *no podía unilateralmente establecer y ordenar un precio público por abastecimiento de agua a la población estando vigente la concesión del servicio.*

En efecto: la Ley de Haciendas Locales, en su artículo 41, como también, y respecto del Estado, la Ley 8/1989, de 13 abril, de Tasas y Precios Públicos —art. 24—, considera como tales *precios públicos*, en cuanto aquí interesa, «*las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por... la prestación de servicios o la realización de actividades administrativas de la competencia de la entidad local perceptora de dichas contraprestaciones*» cuando no sea obligatoria su solicitud ni su recepción o cuando sean susceptibles de prestarse por el sector privado al no implicar ejercicio de autoridad ni hallarse reservadas a favor del ente local. Así, pues, es fundamental en el precio público no sólo que los servicios o actividades sean de la competencia de *la Entidad Local, sino también que sea ésta la perceptora de la contraprestación* en que consisten y que habrá de satisfacer quien los solicite. En el presente supuesto, es claro que el servicio de suministro de agua es de la competencia municipal —art. 25.21) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local—. Inclusive el artículo 86.3 de esta misma Ley lo declara como de reserva en favor de las Entidades Locales, como servicio público esencial que es. Pero resulta igualmente patente que estos servicios, inclusive los esenciales, pueden ser gestionados en forma directa o indirecta y, dentro de esta última forma, mediante concesión —art. 85, apartados 2, 3 y 4, de la propia norma y art. 95 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, de 18 abril 1986— y que, en tal caso, esto es, *cuando esté concedido y la concesión vigente, la contraprestación a satisfacer por el solicitante no la percibe la Administración local concedente* —como se exige para establecer precios públicos, según se ha visto—, *sino la entidad concesionaria a través de una tarifa o precio privado intervenido y autorizado administrativamente*, como se ha visto sucede en el supuesto de autos, en que el establecimiento y modificación de esas tarifas está sometido a un procedimiento administrativo que termina con la aprobación de la Diputación General de Aragón, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 3.º.2.c) del Decreto 53/1987 del tan citado Gobierno autonómico. Las actividades y servicios esenciales a que se refiere el artículo 86.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y entre ellos el de abastecimiento y depuración de aguas, puede ser gestionado directamente por la Corporación, por cualquiera de los medios prevenidos en su artículo 85.3, inclusive en régimen de monopolio por ser un servicio reservado a favor de las Entidades locales —art. 86.3, párrafo 2.º, de la tan repetida Ley—, pero obviamente con cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 95 y siguientes del Texto Refundido precitado de 1986.

Consecuentemente, en tanto subsista la concesión y la tarifa o contraprestación a satisfacer por el beneficiario del servicio de abastecimiento de agua y esté regularmente intervenida y aprobada por la Administración autonómica competente, no puede coexistir dicha contraprestación con otra fijada unilateralmente por la Corporación municipal, ni ser la fijada de acuerdo con los términos de la concesión, y en el procedimiento legalmente establecido, sustituida por otra determinada en dicha forma unilateral» (*Sentencia de 27 de septiembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8484.*)

*B) Concepto de obra hidráulica de interés general o cuya realización afecta a más de una Comunidad Autónoma. Competencias autonómicas. Presa del embalse de Leiva, La Rioja.*

«El problema central del presente recurso de apelación consiste en resolver la cuestión planteada como cuestión de fondo tanto en el recurso del Ayuntamiento de Tormantos como en el de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y que consiste en decidir si es o no necesaria la aprobación por medio de una Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Aguas núm. 29/1985, de 2 agosto, la autorización solicitada por la Consejería de Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja para la construcción de una presa en el río Tirón, término municipal de Leiva (La Rioja), en las condiciones fijadas en el proyecto suscrito por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos don José Ramón P. L., para regular las aguas del citado río aguas abajo, con el fin de asegurar el abastecimiento de determinados núcleos de población y el saneamiento integral del río. Establece el artículo 44 de la Ley de Aguas que las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma habrán de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional. La sentencia de instancia hoy apelada, después de examinar la naturaleza de la presa que se solicita, y las circunstancias que concurren en la misma, considera afecta solamente a la Comunidad Autónoma de La Rioja, y previo planteamiento de la cuestión de competencias para la construcción de obras y proyectos de construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos, llega a la conclusión de que dicho proyecto tiene un interés regional limitado a la Comunidad Autónoma de La Rioja y no requiere la aprobación del mismo por medio de Ley, de cuya conclusión discrepa la Comunidad Autónoma de Castilla y León y el Ayuntamiento de Tormantos hoy recurrentes, porque entienden que el proyecto autorizado tiene interés general y que afecta a más de una Comunidad Autónoma por afectar también a la de Castilla y León, en cuya demarcación territorial nace el río Tirón, sobre el cual se pretende construir la presa, y estima por tanto necesaria la aprobación por medio de Ley conforme dispone el artículo 44 de la Ley de Aguas.

El artículo 44 de la Ley de Aguas establece que las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma habrán de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional; como ya dijo esta Sala en Sentencia de 14 julio 1997 (RJ 1997, 6094) en el recurso de casación núm. 208/1996, del estudio de este precepto no puede extraerse la consecuencia de que en ausencia del Plan Hidrológico Nacional, como ocurre en la actualidad, la aprobación de estas obras no necesiten respaldo de norma con rango de Ley, ni tampoco puede extraerse la conclusión de que faltando el mencionado Plan no puedan llevarse a cabo obras públicas hidráulicas de interés general, porque esto supondría ir contra su propio interés paralizando toda la actividad administrativa de ejecución de grandes obras durante el largo y complejo procedimiento de elaboración y aprobación del Plan Hidrológico Nacional que lleva ya varios años preparándose. Añade la sentencia que para que una obra participe de su naturaleza de obra pública de ascendencia general, la importancia o interés debe encontrarse en su incidencia en diversos y grandes sectores de la economía, agricultura, industria, actividades deportivas, medio ambiente u ordenación de una vasta zona de territorio y, además, que afecte al río más allá de los límites de una Comunidad Autónoma. En tal caso, de que sea necesario una ley formal, tal ley no surge ni puede surgir a la vida jurídica espontáneamente, y lo que quiere el artículo 44 de la Ley de Aguas es que una vez que se hayan valorado los diversos factores concurrentes y se hayan tomado todas las decisiones requeridas por las diversas normativas sectoriales que concurren en una empresa de este tipo, sea una disposición con rango de Ley la que les refrende, abriendo las puertas a su ejecución. De aquí que el proyecto técnico impugnado debe preceder necesariamente a dicha Ley, ya que ésta, valorándolo frente a otras circunstancias, decidirá o no sobre la aprobación de una obra. Cabría hipotéticamente que el propio proyecto necesitase la forma de Ley, pero esto no se concilia con el carácter meramente

técnico del mismo, difícilmente asimilable en un procedimiento reglamentario ni con la concurrencia de otros actos que han de dictarse en el proceso de elaboración de la situación final, que es la Presa. Termina la sentencia diciendo que el proyecto, por tanto, en el momento de ser redactado no necesita una Ley que lo autorizase, pues al ser un mero proyecto técnico de ingeniería debía limitarse, como así lo hizo, a cumplir su propia función material con sujeción a la normativa de obras públicas.

El artículo 44 de la Ley de Aguas es totalmente congruente con el artículo 8.1.4 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, cuando establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia exclusiva de las siguientes materias: ... Tres. Las obras públicas de interés para La Rioja en su propio territorio que no sean de interés general del Estado ni afecten a otra Comunidad Autónoma y ambas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148.1.10.º de la Constitución española, que establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma y de acuerdo con el artículo 149.1.22.º de la misma, que atribuye al Estado la competencia exclusiva de la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma. Partiendo del hecho evidente e incontrovertido que el río Tirón nace en la sierra de la Demanda, provincia de Burgos, y después entra en la Comunidad de La Rioja por Tormantos, y aguas abajo atraviesa Leiva, Herramélluri, Ochánduri, Cuzcurrita, Tirgo, Cihuri y Anguciana, desembocando en el río Ebro por Haro, todas ellas pertenecientes a la Comunidad de La Rioja, no ofrece la menor duda que la presa en construcción en Leiva, para abastecimiento de las localidades situadas aguas abajo y que va a anegar terrenos que pertenecen exclusivamente a la Comunidad de La Rioja, tiene un interés local, regional o autónomo para La Rioja, pero de ningún modo tienen interés general para todo el territorio nacional, como exige el artículo 44, ni afecta para nada a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, situada aguas arriba a una distancia y altura donde nunca pueden llegar las aguas de la presa a construir, ni la puede afectar el régimen de embalses o desembalses de la misma, y ello, además, porque el artículo 44 de la Ley de Aguas se refiere a obras públicas "cuya realización afecte" a más de una Comunidad Autónoma, y en el caso presente "las obras a construir" para realizar la presa de Leiva se "realizarán" exclusivamente en terrenos de La Rioja y "afectarán" en el sentido propio de la palabra "afecte", que significa atañer, tocar, menoscabar, perjudicar, influir, y no a la "afección" a que se refieren los recurrentes, que se refiere al ánimo, reclinación o apoyo, con lo cual no ofrece la menor duda que la Sala de instancia, al calificar la obra de interés autónomo, da escasa importancia y que afecta solamente a la Comunidad Autónoma de La Rioja, acertó plenamente en tal calificación y en su consecuencia inherente de no ser necesaria la aprobación de medio de una Ley como pretenden los recurrentes. A la misma conclusión llegamos si tenemos en cuenta que el artículo 43 de la Ley de Aguas establece que el Plan Hidrológico Nacional, aún no aprobado, se aprobará por Ley, a diferencia de los Planes Hidrológicos de Cuenca, que no necesitan tal requisito, pues se aprobaron por el Gobierno (art. 38) o por la Administración Hidráulica competente (art. 39), pues no tiene el interés general necesario para su aprobación por Ley general.

La alegación formulada por el Ayuntamiento de Tormantos de que la sentencia de instancia no resuelve el problema de que la Confederación Hidrográfica del Ebro ha omitido el preceptivo trámite de competencia de proyectos que establece la Ley de Aguas, pues además de no plantear en este recurso de apelación cuál es el problema que insinúa de pasada sin especificar ningún precepto legal que haya sido infringido por la sentencia de instancia, mal puede el recurrente pretender que la sentencia apelada le resuelva una cuestión que no ha sido planteada en la demanda y que supone un abandono de la defensa mantenida en vía administrativa y procede, pues, rechazar tal motivo de oposición a la sentencia y en él la totalidad de los recursos de apelación que hemos examinado, porque la sentencia recurrida es plenamente conforme a derecho.» (Sentencia de 3 de diciembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 9676.)

## VIII. CARRETERAS

*Publicidad. La silueta de un toro de color negro, erguido y estático, que se observa desde la carretera, no constituye publicidad. Se anula la sanción impuesta.*

«El artículo 24.1 de la Ley 25/1988 dispone que fuera de los tramos urbanos de las carreteras estatales queda prohibido realizar publicidad en cualquier lugar visible desde su zona de dominio público; el artículo 31.4.g) considera infracción muy grave establecer cualquier clase de publicidad visible desde la zona de dominio público de la carretera; el 33.1 castiga las infracciones muy graves con multa de 1.000.001 a 25.000.000 de pesetas; y, por último, el 27.2.a) permite adoptar a las autoridades competentes la demolición de las obras o instalaciones.

El punto álgido, sobre el que se ha centrado el debate, es si la estructura metálica, que configura la silueta de un toro de color negro, erguido y estático, que se observa desde la carretera, constituye o no publicidad y, por lo tanto, si es o no correcta la sanción que se ha impuesto a la entidad recurrente, conforme a la normativa citada.

Objetivamente considerada, es evidente que la figura no transmite ya ningún mensaje directo al observador. No hay leyenda ni gráfico que indique la identidad de un producto o servicio, pues la expresa referencia que con anterioridad hacía a un determinado tipo de brandy se ha hecho desaparecer. En estos momentos, para la generalidad de los ciudadanos que la contemplan, aun habiendo conocido su primitivo significado, ha dejado de ser el emblema de una marca, para convertirse en algo decorativo, integrado en el paisaje. Aunque en forma indirecta pueda recordar a algunos el símbolo de una firma comercial, el primer impacto visual que en la mayoría produce es el de una atrayente silueta, superpuesta al entorno, que, más que inducir al consumo, recrea la vista, rememora "la fiesta", destaca la belleza del fuerte animal.

Su plasticidad es tal que ilustra revistas, ha sido objeto de comentarios elogiosos de destacadas personalidades relacionadas con el mundo del arte y la cultura; algún Ayuntamiento (Valmojado, Toledo) la considera como bien cultural de interés local e integrada en el paisaje; Comunidades Autónomas como la de Andalucía han incoado expediente para su inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz con categoría de monumento; asociaciones culturales como "España Abierta" han solicitado su declaración como bien cultural; en determinados lugares, "el toro" ha empezado a dar nombre a ciertos accidentes geográficos en que está instalado. Por si todo esto fuera poco, el 15 de noviembre de 1994 se aprobó por unanimidad en la Comisión de Infraestructuras y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley por la que se insta al Gobierno y recomienda a las demás administraciones públicas que, en el marco de sus respectivas competencias y de la legislación de conservación del patrimonio cultural y artístico de los pueblos de España, promuevan medidas que garanticen la permanencia del toro en las carreteras españolas.

Todo esto da idea de que la silueta del toro ha superado su inicial sentido publicitario y se ha integrado en el paisaje, como un elemento de ambientación ajeno al mensaje propagandístico de una marca. Cumple, desde esta perspectiva, la finalidad decorativa que ha llevado a la propia Administración a colocar, en los márgenes de determinadas carreteras —en los autos hay pruebas suficientes al respecto—, estructuras esculturales, algunas de ellas curiosamente representativas de animales, que no perturban la concentración del conductor que circula por la carretera.

Cualquiera que sea la teleología del precepto sancionador, bien evitar el deterioro del paisaje, bien impedir que se distraiga al automovilista, no se contraría con la figura del toro. Es verdad, y ello no pasa desapercibido para esta Sala, que la imagen entra en el concepto europeo de publicidad encubierta o subliminal, entendida como exhibición verbal o visual de la marca de un productor de mercancías o un prestador



de servicios con propósito publicitario (Directiva 97/36/CE). Si así no fuera, no se explicarían los gastos de mantenimiento de la valla que se costean por la entidad recurrente, e incluso la interposición de este recurso, en cuanto a impedir su demolición. Ahora bien, por encima de este factor, en la pugna de dos intereses en juego, debe prevalecer, como causa que justifica su conservación, el interés estético o cultural, que la colectividad ha atribuido a la esfinge del toro, en consonancia con el artículo 3.º del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas”.

En consecuencia, debe estimarse el recurso y anular el acto recurrido.» (*Sentencia de 30 de diciembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 9700.*)

## IX. RECURSO ADMINISTRATIVO

*Aplicación de los principios de la Ley 30/1992 a los recursos en materia tributaria. Recurso previsto en el artículo 107.3. El plazo para su interposición es el establecido en la Ley 30/1992.*

«El Abogado del Estado arguye, en su contestación a la demanda, en primer lugar, que el recurso contencioso-administrativo de autos es “inadmisible” —arts. 82.c) y 40.a) de la Ley de la Jurisdicción— porque, en el momento en que se presentó ante la Delegación del Gobierno de Navarra el recurso administrativo *per saltum* del artículo 107.3 de la Ley 30/1992, las liquidaciones impugnadas habían devenido ya firmes por no haber sido recurridas, en la vía revisora tributaria, dentro del plazo pertinente (al haber renunciado implícitamente los recurrentes a hacer uso, dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes a la notificación de las liquidaciones, bien del recurso de reposición previo a la vía económico-administrativa o bien de ésta directamente).

Aunque el cauce utilizado del recurso *per saltum* del artículo 107.3 *es admisible* en el ámbito tributario no obstante la entrada en vigor de la Ley 30/1992, entiendo el Abogado del Estado que el plazo para su interposición debe ser el de los quince días fijado para el recurso de reposición o para la reclamación económico-administrativa y no el del mes establecido, para el recurso administrativo ordinario, en el artículo 114.2 de dicha Ley, porque el citado recurso *per saltum* no es ordinario sino excepcional y porque, de admitirse el plazo del mes, se estarían reconociendo dos clases de liquidaciones a efectos de su impugnación, las normales y las que pueden fundar ésta en la ilegalidad de la disposición que les sirve de cobertura (quedando abierta la impugnabilidad, pasado el plazo normal, con sólo alegar presuntas infracciones de normas reglamentarias).

Incluso —se añade—, aun reputando aplicable el plazo del mes, el recurso *per saltum* sería también extemporáneo, pues las liquidaciones se acordaron el 7 de marzo de 1994 y el recurso se formalizó el 19 de abril siguiente.

La argumentación en que el Abogado del Estado apoya la causa de inadmisibilidad alegada carece, en realidad, de predicamento, habida cuenta las siguientes consideraciones:

A) La propia Administración demandada ha reconocido —en el expediente administrativo— la virtualidad jurídica, en el ámbito tributario, del recurso administrativo *per saltum* del artículo 107.3 de la Ley 30/1992, aduciendo, al efecto, para llegar a tal conclusión, que, primero, aun cuando dicha Ley somete la revisión de los actos de gestión tributaria al régimen específico de los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y de las disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma (Disposición Adicional Quinta, 2), ello no constituye un argumento que excluya la

aplicación, con carácter supletorio, de los principios generales que, sobre los recursos administrativos, establece el Título VII de la Ley 30/1992; segundo, dicho sistema impugnatorio tributario específico (es decir, el recurso de reposición previo a la vía económico-administrativa o, directamente, ésta) ya existía durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y, sin embargo, se consideraba admisible en materia tributaria el recurso *per saltum* del entonces artículo 113.2 de la dicha Ley de 1958; tercero, aunque la Disposición Adicional Quinta, 2, de la Ley 30/1992 no prevé expresamente —como lo hace su párrafo 1— la aplicación subsidiaria de sus propias disposiciones para la revisión en vía administrativa de actos dictados en materia tributaria, no debe desconocerse, partiendo del hecho de que la interpretación literal no es más que un primer paso en el elenco de los criterios hermenéuticos fijados en el artículo 3.1 del Código Civil, que las disposiciones de la Ley 30/1992 son también aplicables, con carácter supletorio, en el caso citado y objeto de controversia, pues, entre otras normas, el artículo 9.2 de la Ley General Tributaria establece que “tendrán carácter supletorio las disposiciones generales del Derecho Administrativo y los preceptos del Derecho Común”; y, cuarto, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992 no tiene, en realidad, otra finalidad que la de salvaguardar en su integridad la normativa específica por la que se rige la materia tributaria ante la promulgación de una nueva Ley sobre el procedimiento administrativo, conservándose de esta forma el *statu quo* existente en la referida materia a la entrada en vigor de la citada Ley.

B) Si, por tanto, el recurso administrativo *per saltum* del artículo 107.3 de la Ley 30/1992 —utilizado por los recurrentes de autos— es una vía impugnatoria hábil en el marco de las actuaciones tributarias (al margen de las vías clásicas del recurso de reposición previo a la reclamación económico-administrativa y/o de esta última), y tal recurso se rige, lógicamente, *in totum*, por lo previsto en el citado artículo 107, es evidente, en principio, que el plazo para su interposición es el del mes fijado, para el recurso administrativo ordinario (que es, en cierto modo, un recurso de alzada —como alternativa común frente a la alzada *per saltum*—), en los artículos 107.1 y 114.2 de la misma Ley, en lugar del plazo de los quince días hábiles propugnado por la Abogacía del Estado.

C) Si, en consecuencia, el ordenamiento reconoce —y la propia Administración demandada admite— distintos medios de impugnación de un mismo acto administrativo tributario, ello no implica aceptar la existencia, como arguye la Abogacía del Estado, de dos tipos diferentes de liquidaciones —las que se pueden impugnar con base en la disconformidad en los hechos y en la calificación jurídica y aquellas cuya impugnación se basa sólo en este segundo orden de motivos, es decir, en la ilegalidad de una disposición reglamentaria—, pues la diferencia y dualidad radican no en el acto impugnado, sino en los aludidos medios impugnatorios.

D) Por ello, el señalamiento y la utilización de distintos plazos para recurrir no supone la violación del principio de seguridad jurídica, sino una opción ofrecida por el legislador y/o por la propia Administración; opción que, en este caso, ha sido utilizada conscientemente, pues, al interponerse el recurso *per saltum* ante el Consejo de Ministros, no se estaba planteando reclamación económico-administrativa encubierta alguna, ni un recurso de reposición previo a la misma, ya que, según los artículos 3 y 4 del Reglamento del Procedimiento Económico-Administrativo (Real Decreto 1999/1981, de 20 agosto), ello habría implicado su desestimación por falta de competencia.

E) Es cierto, efectivamente, que el plazo del mes a que se ha hecho referencia debe computarse a partir del día siguiente a aquel en que se haya realizado la notificación —en este caso— de las liquidaciones objeto de controversia —giradas que habían sido en virtud del Acuerdo de 7 marzo 1994—, pero como en el presente supuesto de autos no consta la fecha, lógicamente posterior, en que se efectuó la notificación de las mismas, resulta obvio que, ante la imposibilidad de concretar con exactitud, por falta de elementos de contraste, el *dies a quo* del mencionado plazo mensual (prueba que, como propugnante de la causa de inadmisibilidad, competía a la Admi-

nistración), ha de llegarse a la conclusión de tener que aceptar —en pro de la tutela judicial efectiva— que las liquidaciones cuestionadas no habían adquirido firmeza y que el recurso *per saltum*, presentado el 19 de abril siguiente, había sido formalizado “temporáneamente”.» (*Sentencia de 22 de octubre de 1997, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8493.*)

## X. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### *Recurso de casación.*

1. *Actos administrativos de entidad local dictados en aplicación de normas autonómicas. Sólo serán susceptibles de recurso de casación cuando se funden en infracción de norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia. Interpretación del artículo 93.4 LJCA. Cambio de criterio de la Sala. Prevalencia del aspecto objetivo del precepto —ordenamiento jurídico aplicado— sobre el aspecto subjetivo. Administración de la que procede el acto.*

«En el presente caso no cabe duda de que lo cuestionado en el proceso —en cuanto ordenamiento jurídico aplicado y aplicable a la regulación de la materia y su interpretación— son normas de derecho autonómico que tienen carácter relevante para el fallo dictado, deviniendo por tal causa inadmisibles el presente recurso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.2.a), en relación con el artículo 93.4 de la LJCA. En efecto, lo trascendente en casos como el que aquí nos ocupa, y así lo tiene declarado esta Sala (Auto de 18 septiembre 1995 [RJ 1995, 6846]), es que la sentencia haya valorado o dejado de valorar indebidamente y con relevancia para el fallo una norma no emanada de órganos de la Comunidad Autónoma.

Y esto es así aunque en los escritos de interposición se denuncie la infracción de normas de derecho estatal, toda vez que lo determinante es la normativa aplicada en la sentencia y ésta es exclusivamente autonómica: Ley de la Generalidad Valenciana 3/1989, de 2 mayo, de Actividades Calificadas, y Decreto 54/1990, de 26 marzo, del Consell de la Generalidad Valenciana.

Consiguientemente, no siendo relevante y determinante del fallo de la sentencia recurrida la infracción de normas estatales, el recurso deviene inadmisibles, conforme a lo que establece el artículo 100.2.a) —carácter no recurrible de la sentencia—, en relación con el 93.4, ambos de la LJCA.

Esto es así aun tratándose de actos administrativos de una entidad local, ya que el recurso de casación como medio de control de la aplicación del ordenamiento estatal no alcanza a los ordenamientos autonómicos respecto de los cuales los Tribunales Superiores de Justicia son el supremo Juez, como se infiere de los artículos 58.4.º de la LOPJ y 93.4 de la LJCA. Y si bien es cierto que estos preceptos contemplan únicamente las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia “respecto de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas” (art. 93.4 LJCA), sin embargo lo realmente decisivo es la normativa que se aplica en la sentencia con relevancia para el fallo y no la Administración autora del acto o disposición impugnados. Dicho de otro modo, existe una clara prevalencia del aspecto objetivo del precepto —el ordenamiento jurídico aplicado— sobre el aspecto subjetivo —la Administración de la que procede el acto administrativo—, pues a aquél responde el espíritu y finalidad de dichos preceptos. Por otro lado, sería paradójico que pudieran residenciarse ante este Tribunal sentencias dictadas en relación con actos o disposiciones de los entes locales y, en cambio, no lo fueran las que se pronuncian sobre actos o disposiciones de las Comu-

nidades Autónomas, cuando la *ratio* de la norma excluyente —reservar a los Tribunales Superiores de Justicia la función de dar unidad a la aplicación del derecho autonómico— es la misma en uno y otro caso.

Y aunque esto supone un cambio de criterio respecto de anteriores resoluciones de esta Sala, fundadas en la literalidad del artículo 93.4 de la LJCA, son los argumentos anteriormente expuestos, acordes con el criterio que inspiró la reforma procesal introducida por la Ley 10/1992, reiterada por el Proyecto de la LJCA —ya con expresa mención a las Entidades Locales—, los que abonan el cambio en la interpretación del artículo 93.4 de la LJCA.

Las consideraciones anteriores se hacen —somos conscientes de ello— sin oír a la parte recurrente, toda vez que la audiencia previa sólo es preceptiva en uno de los casos previstos en el apartado c) del artículo 100.2 de la LJCA —concretamente cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, pues la primera causa de inadmisibilidad de este apartado “carencia manifiesta de fundamento”, puede apreciarse directamente y sin más por el contenido del escrito de interposición donde han de constar los motivos y su soporte argumental (Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/1995, de 7 febrero [RTC 1995, 37])— y no en los demás, entre los que se encuentra, en lo que aquí interesa, el contemplado en el apartado a) del mismo artículo, aplicable en este caso, siendo innecesario poner de manifiesto a la recurrente una causa de inadmisibilidad cuya concurrencia resulta del examen de las actuaciones.

Esto supone un cambio de criterio respecto al observado hasta ahora por la Sala, proclive a la audiencia previa del recurrente en todo caso, pero entendemos que tal cambio, además de encontrar sólido anclaje en la Ley, responde al propósito de agilizar un trámite en el que la experiencia ha demostrado, después de más de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se producen frecuentes dilaciones determinadas principalmente por el ingente número de casaciones que ingresan en este Tribunal, pero a las que también contribuye la apertura indiscriminada de un incidente que el legislador ha querido reservar para un caso determinado, sin que ello implique una situación de indefensión para el recurrente que pudiera desembocar en una falta de tutela judicial efectiva —así resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 138/1995, de 25 septiembre (RTC 1995, 138)—.» (Sentencia de 21 de noviembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 837.)

2. *Valoración fáctica efectuada por el Tribunal ad quem. Se defiende en voto particular la posibilidad de integrar los hechos cuando la sentencia de instancia omite o no entra a considerar datos suficientemente demostrados. Supuesto de responsabilidad administrativa derivada de accidente de tráfico.*

«La primera cuestión que se plantea en relación con el primer motivo de casación articulado es la de su admisibilidad, puesto que aquél se fundamenta en error en la apreciación de la prueba, lo que no constituye motivo para fundamentar el recurso de casación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, razón por la que el motivo incurre en causa de inadmisibilidad que en este momento procesal se transforma en causa de desestimación y determina que el mismo deba ser rechazado sin entrar en ninguna otra consideración.

El segundo motivo de casación lo articula el recurrente en base a la supuesta infracción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, en base a que, en opinión del recurrente, “la doctrina moderna ve el fundamento de esa responsabilidad (se refiere a la patrimonial del Estado) por los perjuicios causados a los particulares en el principio de solidaridad ciudadana” y que en el caso que nos ocupa ha sido una actuación negligente de la Administración demandada.

Para resolver el motivo que nos ocupa no puede olvidarse la naturaleza extraordinaria del recurso de casación en el que el Tribunal *ad quem* se encuentra vinculado por la declaración fáctica efectuada por el Tribunal de instancia y éste sostiene que el asfalto se encontraba en buen estado de conservación, "si bien mojado por una llovizna que venía soportando el conductor tiempo ha", lo que hace que la Sala de instancia entienda que no exista nexo causal entre el resultado lesivo y el estado de la vía.

Es cierto que la doctrina jurisprudencial más reciente viene sosteniendo la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero ello no convierte a ésta en un asegurador que deba responder en todos los casos en que se produzca un resultado lesivo a raíz de la utilización de bienes o servicios públicos, sino que es necesario que exista un vínculo causal entre el resultado en cuestión y el actuar de la Administración, que en casos como el que nos ocupa requiere que el siniestro del que deriva el resultado dañoso obedezca a las circunstancias de la calzada o a su señalización, por lo que establecido como hecho probado en la sentencia el buen estado de conservación del pavimento, que el tramo peligroso ya había sido superado y estaba señalizado con indicativo de doble curva, parece que debe aceptarse la conclusión de que la causa del siniestro es ajena al actuar de la administración demandada y, por tanto, ha de apreciarse la inexistencia de nexo causal entre aquél y el resultado dañoso producido, máxime cuando el atestado de la Guardia Civil sostiene que el accidente puede deberse a la velocidad inadecuada del vehículo de la víctima, faltando así uno de los requisitos indispensables para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado y, por tanto, la infracción normativa que el recurrente pretende.

Desestimados los motivos de casación, procede la condena en costas del recurrente por imperativo del artículo 102.3 de la Ley Rituaria.»

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Entrando en el análisis de fondo del segundo motivo articulado, la cuestión que se suscita es la de la existencia o no de nexo causal entre el resultado de muerte producido y el funcionamiento normal o anormal de la Administración, pues aun cuando es cierta la progresiva tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el sentido de no ser necesario un actuar negligente de ésta, no lo es menos que la existencia de nexo causal entre el resultado y aquel actuar es requisito indispensable junto con la existencia de daño antijurídico y evaluable para que aquélla pueda apreciarse.

El estudio de la cuestión que nos ocupa exige que nos pronunciemos sobre el alcance de la vinculación del Tribunal *ad quem* por la valoración fáctica efectuada por el Tribunal *a quo*, y en este punto es de recordar que nada impide al Tribunal de casación, tal y como viene reiteradamente sentado por la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal Supremo entre otras Sentencias de 9 junio 1997, 25 marzo 1996 (RJ 1996, 2441), 18 octubre y 21 diciembre 1993 (RJ 1993, 7614 y 10101), lleve a cabo la integración del *factum* cuando la sentencia de instancia omite y no entra a considerar datos suficientemente demostrados de constatada notoria influencia en el fallo, pues lo contrario supondría tolerar la vulneración del principio de justicia efectiva proclamado en el artículo 24.1 y 120.3 de la Constitución.

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia omite toda referencia y valoración del dato fáctico consistente en la reiteración de accidentes en el punto kilométrico en que ocurren los hechos de autos y que es calificado por la Guardia Civil de Tráfico como punto negro, accidentes que desaparecen tras la remodelación del firme

mediante una capa antideslizante y la señalización vertical de curvas peligrosas y de velocidad aconsejable 80 Km/hora, único dato este último sí recogido en la sentencia recurrida, al contrario de lo que ocurre con los otros tres hechos acreditados (remodelación del firme, señalización de curvas peligrosas y cesación de los accidentes a raíz de tales actuaciones), que omite.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, aun admitiendo como hace la sentencia de instancia que el firme, aunque mojado por la lluvia, se encontraba en buen estado de conservación, no lo es menos que con posterioridad al accidente se colocó una señal vertical no sólo de velocidad aconsejable 80 Km/hora, sino también de "curvas peligrosas", señalización antes del accidente inexistente, al tiempo que se modifica el firme mediante una capa de asfalto antideslizante, con lo que implícitamente se admite la inadecuación a las circunstancias de la vía pública de la situación anterior por más que el firme se hallase en buen estado de conservación, actuaciones con las que se puso fin a la racha de diez accidentes habidos en 1988, de los que nueve, entre los que se encuentra el que da origen al presente recurso, se produjeron desde el 4 de marzo al 9 de mayo, afirmando la Guardia Civil de Tráfico, a través de su Subdirector de Lugo, que el punto donde se produjo el accidente era un "punto negro" donde se producían accidentes con frecuencia, accidentes que cesaron tras la señalización de velocidad aconsejable y curvas peligrosas, así como del remodelado del firme mediante un capa antideslizante. De lo dicho se infiere, a falta de prueba sobre una conducta o comportamiento de la víctima que haya podido romper el nexo causal, lo que la propia sentencia admite no está acreditado, es claro que el actuar de la Administración, si no negligente, sí al menos no ofrece duda que aquella no adoptó las medidas necesarias para la adecuada seguridad vial hasta después de ocurridos nueve siniestros en un período de dos meses y cinco días, medidas con las que se pone fin a la cadena de siniestros que se venían produciendo, por lo que resulta como conclusión lógica que existe una relación causa efecto entre las circunstancias de la vía y el resultado dañoso acaecido, resultado al que aun cuando fuera posible en hipótesis hubiera concurrido la conducta de la víctima mediante una velocidad inadecuada, como plantea el informe de la Guardia Civil y admite la tesis mayoritaria, no lo es menos cierto que tal circunstancia, como la propia fuerza actuante admite, no deja de ser una mera suposición no acreditada y, por tanto, no puede ser tenida en consideración como determinante de la ruptura del nexo causal, razones todas ellas por las que el motivo de casación debió de ser estimado, lo que nos lleva a concluir que la Sala de Instancia ha incurrido en error al no apreciar la existencia de relación de causalidad entre el resultado lesivo, el fallecimiento del esposo de la recurrente y el estado y señalización de la vía, o, dicho de otro modo, entre el daño producido y el actuar de la Administración, razón por la que debió haberse estimado la infracción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado alegada por el recurrente y, por ende, del motivo segundo de casación articulado, por la que, en mi opinión, procedía declarar haber lugar al recurso de casación y estimando el recurso contencioso-administrativo reconocer el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad solicitada.» (*Sentencia de 5 de diciembre de 1997, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8783.*)

Tomás FONT I LLOVET  
Joaquín TORNOS MAS