II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento autonómico: no se precisa dictamen del Consejo de Estado ni del órgano consultivo autonómico.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Discrecionalidad y desviación de poder.* B) *Notificación por edictos.*—III. CONTRATOS: *Actos separables.*—IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Justiprecio. Intereses de demora.*—V. SERVICIO PÚBLICO: A) *Mercados municipales y libertad de concurrencia.* B) *Municipalización de la distribución y venta de carburantes.*—VI. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: *Potestad organizatoria y discrecionalidad.*—VII. ADMINISTRACIÓN LOCAL: *Control estatal y relaciones interadministrativas.*—VIII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA: *Naturaleza de exacción parafiscal del recurso cameral de las Cámaras de Comercio.*—IX. COMUNIDAD EUROPEA: *Libre prestación de servicios y licencias de doblaje.*—X. LIBERTADES PÚBLICAS: *Derecho a la educación y participación en la programación de la enseñanza.*—XI. POLICÍA: A) *Agentes de la autoridad y vigilantes de estacionamientos.* B) *Clausura de establecimiento acordada de plano.*—XII. SANCIONES: A) *Principio de legalidad.* B) *Procedimiento sancionador y diligencias previas.* C) *Prescripción.*—XIII. URBANISMO: A) *Calificación del suelo y límites a la discrecionalidad.* B) *Ejecución. Recepción tácita de las obras de urbanización.*—XIV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Competencia territorial y «materia de personal».* B) *Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.* C) *Recurso de casación:* 1. Legitimación de las entidades públicas y límites a la legitimación de las Comunidades Autónomas. 2. Irrecurribilidad de las sentencias en materia de personal. D) *Costas: imposición a quien recurre para obtener unos intereses que no había solicitado en instancia.*—XV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Por anulación de actos administrativos.* B) *Por incumplimiento de una orden judicial.* C) *Administración de Justicia: prisión preventiva.* D) *Imputabilidad. Equiparación del beneficiario de una expropiación a un concesionario.*

I. FUENTES

Reglamento. Dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de aprobación de Reglamento Autonómico. No es preciso ni tampoco el de órgano autonómico equivalente por razón de racionalidad económica, carácter extraordinario de la nulidad de pleno derecho y control político de las Comunidades Autónomas.

«Una vez más se plantea ante esta Sala la cuestión referente a si es o no preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de Reglamentos de las Comunidades Autónomas que desarrollan Leyes también autonómicas, y en el presente caso, el dictado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Cantabria con fecha 28-3-1990, que aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley Autonómica de Tributación sobre Juegos de Suerte, Envite o Azar.

La cuestión ha sido objeto de diversas sentencias de este Tribunal Supremo, no siempre coincidentes. Pero la doctrina establecida últimamente, reflejada en la Sentencia de esta misma Sección de 21-1-1992, y en la de 24-11-1989, dictada por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispensa de la necesidad del dictamen del Consejo de Estado cuando los Reglamentos impugnados desarrollen Leyes Autonómicas, exigiendo ese dictamen únicamente en los casos en los que los Reglamentos Autonómicos desarrollen Leyes Estatales, como precisaron las SS. 15-12-1989 y 7 marzo, 1 junio y 27 julio 1990. No nos hallamos, en el caso debatido, ante el supuesto últimamente mencionado, puesto que el Reglamento tachado de nulidad no desarrolla una Ley estatal, sino una Ley procedente de la Asamblea Regional de Cantabria, y por lo tanto, el dictamen del Consejo de Estado no era preceptivo, y esta causa de nulidad alegada debe de ser desestimada. Y esto es así, porque la Ley que el Reglamento impugnado desarrolla, fue dictada por la Asamblea Regional sobre un tributo cedido a la Comunidad Autónoma por la Disposición Adicional —ap. 1.*f)*— de su Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica de 30-12-1981, cuyo artículo 23 concede a la Comunidad de Cantabria competencia legislativa y potestad reglamentaria, entre otros supuestos, para regular, entre otras materias, la referente a casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas, sobre cuyas materias, el Consejo de Gobierno de Cantabria tiene atribuida la potestad reglamentaria por el artículo 54 del Estatuto de Autonomía.

Es cierto que las sentencias anteriormente citadas recayeron en supuestos en los que si bien no existía dictamen del Consejo de Estado, sí lo había emitido un órgano consultivo autonómico, órgano cuya creación contemplan diversos Estatutos de Autonomía (por ejemplo, el art. 41 del Estatuto de Cataluña de 18-12-1979, el art. 43 del Estatuto de Canarias de 10-8-1982, el art. 54 del Estatuto de Extremadura de 25-2-1983), lo que no ocurre en el presente caso, en el que el Estatuto de Autonomía de Cantabria no contempla la existencia y subsiguiente creación de órgano consultivo alguno. Por lo tanto, y ante tal omisión, cabrían dos posibilidades: la primera, exigir el dictamen del Consejo de Estado, y la segunda, entender suficientemente informado el Reglamento impugnado por los órganos que lo han hecho, aunque no se trate de órganos consultivos autonómicos propiamente dichos. Esta segunda posibilidad es la que parece más aconsejable, y ello por los siguientes motivos: *a)* porque exigir que siempre y en todo caso, las diecisiete Autonomías creen órganos consultivos, para atribuirles funciones que puede desempeñar otro ya existente, equivale a un innecesario derroche económico, cuyas consecuencias padecerán todos los españoles, a quienes corresponde la financiación autonómica, bien a través del Fondo de Compensación Interterritorial, bien a través de la participación autonómica en los Impuestos estatales; aparte de que difícilmente alcanzarían tales órganos consultivos el alto nivel jurídico que tiene acreditado el Consejo de Estado; *b)* porque en derecho administrativo, la teoría de las nulidades ha de ser acogida con la máxima cautela, procurando siempre conservar aquellos actos o disposiciones generales impugnados, salvo cuando la nulidad alegada sea tan evidente que haga imposible la conservación del acto o la disposición general; *c)* porque si la actuación de los órganos de la Comunidad Autónoma merece la censura de los ciudadanos, al no observar en ella las suficientes garantías, tiene ocasión de repudiarla, cuando sean llamados a su renovación o a su permanencia.» *(Sentencia de 2 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8401.)*

II. Acto

A) *Discrecionalidad y desviación de poder. Libre designación de funcionarios. Control. Debe motivarse la resolución. Desviación de poder al no asegurarse el cumplimiento de los fines del ordenamiento y no respetarse los principios de mérito y capacidad.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Sentencia apelada)

«El sistema de libre designación, previsto como uno de los mecanismos para la provisión de puestos de trabajo en el artículo 20 (de carácter básico) de la Ley de Reforma de la Función Pública, otorga a la Administración una amplia discrecionalidad para decidir los candidatos que, de entre aquellos que acudan a la convocatoria y cumplan los requisitos mínimos exigidos en la misma, han de cubrir los puestos ofertados, discrecionalidad a la que no es posible acudir en el sistema del concurso de méritos dado el carácter objetivo y estrictamente reglado de este sistema. Ahora bien, lo anterior no significa que la libre designación atribuya al órgano competente una especie de poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión debe ajustarse en todo caso al interés público que constituye la base y finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo de respetarse los principios de mérito y capacidad que el artículo 103.3 de la Constitución señala como criterios rectores del acceso a la función pública, y ello con independencia del sistema que se siga y de si éste es el de libre designación o cualquier otro, todo lo cual ha venido a ser reconocido en el marco legal de nuestra Comunidad Autónoma, ya que el artículo 78.4 de la Ley de la Función Pública Canaria indica expresamente que el sistema de libre designación no podrá comportar arbitrariedad en la apreciación de los méritos, por lo que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-5-1989, dicho sistema "no empece sin embargo para que pueda ser apreciada la desviación de poder cuando en la selección de los candidatos se marginan los méritos y capacidad y se frustra el interés público, pues en modo alguno puede entenderse abierta la puerta a una discrecionalidad absoluta y mucho menos arbitrarias apreciaciones".

En el presente caso y a la vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, la cuestión se centra en determinar en la resolución recurrida de la discrecionalidad que le corresponde en el sistema de libre designación, o si, por el contrario, dicha resolución responde a una motivación ajena al interés público y a los principios constitucionales indicados como rectores del sistema de acceso y promoción en la función pública. Para decidir dicha cuestión es obligado un análisis de la fundamentación utilizada por la resolución como base de la decisión adoptada, y que constituye la causa por la que se designó a la señora D. Ll. para el puesto ofertado. Pues bien, en la resolución se tiene en cuenta, como elementos determinantes de la designación acordada, "el grado personal, y demás circunstancias y méritos relativos a la antigüedad, titulaciones, experiencia y cursos de formación y perfeccionamiento que concurren en los solicitantes", de tal manera que son esas circunstancias de antigüedad, titulación, experiencia y cursos de formación y perfeccionamiento las que han determinado que la designación se haya realizado en favor de la funcionaria nombrada en la resolución.

Sin embargo, si se comparan y contrastan las condiciones y méritos de la recurrente y los de la funcionaria se advierte que los de la actora son superiores en todos los conceptos, a excepción del nivel (18) del puesto de trabajo que una y otra desempeñaban con anterioridad y que era idéntico en ambas; así, la titulación de la actora es claramente superior (Licenciada en Derecho frente a Bachiller Superior); la antigüedad es igualmente muy superior la de la demandante, pues ésta ingresó en el

Cuerpo General Administrativo en el año 1971 (tras haber accedido en el año 1968 al Cuerpo Auxiliar), mientras que el ingreso de la otra funcionaria en el mismo cuerpo se produjo en el año 1982, después de haber permanecido en el Cuerpo Auxiliar desde el año 1977 y, con anterioridad, un año en este último Cuerpo; es también superior la experiencia de la actora, no sólo por su mayor antigüedad, sino porque ha desempeñado puestos más relacionados con la gestión de personal, lo que le ha conferido un mayor nivel en la experiencia específica exigida en la convocatoria, sin que pueda desconocerse a tales efectos que desde el 6-6-1986 la actora se encontraba adscrita en comisión de servicios para realizar la gestión de personal de la Consejería de Educación, según se desprende del documento núm. 16 de los aportados con el escrito formalizando la demanda; finalmente, también los cursos de formación y perfeccionamiento de la actora deben de considerarse de mayor relevancia que los de la funcionaria nombrada si se ponen en relación con las características del puesto de trabajo a cubrir, pues entre los realizados por aquélla figura uno sobre "Gestión de Personal" y precisamente en la convocatoria se exigía como requisito del puesto a cubrir (base primera en relación con anexo I) la de ser "experto en personal", circunstancia o condición que a la vista del curso realizado y teniendo en cuenta también los anteriores puestos desempeñados es preciso reconocer de forma preeminente en la actora.

Si ninguno de los motivos recogidos por la resolución como fundamento de la decisión adoptada resulta favorable, en el juicio de comparación efectuado, a la funcionaria nombrada, es obligado concluir que la designación realizada tiene que tener una motivación diferente de la que en ella se expresa, motivación oculta e ignorada que de ningún modo respeta los criterios y principios constitucionales que deben orientar el acceso a la función pública, sin que pueda justificarse la misma sobre la base de la discrecionalidad que le corresponde a la Administración, pues cabría admitir un uso razonable y justificado de esa discrecionalidad si en alguno de los apartados o criterios indicados la funcionaria designada hubiera evidenciado alguna condición superior a la de la actora, pero es que en ni uno sólo de ellos acredita algún mérito superior al de aquélla, lo que permite afirmar que la resolución impugnada desconoce por completo los principios de capacidad y mérito señalados en el artículo 103 de la Constitución y que tiene una motivación distinta a la que debe guiar a la actividad administrativa en materia de promoción de la función pública, de tal manera que a falta de una causa razonable en la que pueda basarse, es posible calificarla como arbitraria, incurriendo sin duda en la desviación de poder que determina la estimación del recurso entablado con base en lo dispuesto en el artículo 83 de la LJCA.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Tribunal Supremo)

«Se aceptan los fundamentos de la sentencia recurrida reproducidos en el primer antecedente de hecho de ésta, y

Como complemento del tenor de los fundamentos antes indicados hemos de llamar la atención sobre el contenido de la *propuesta* formulada por el Consejo de Educación Cultural y Deporte respecto al puesto de trabajo de Jefe de Sección en el Servicio de Personal (1985) nivel 22, propuesta que debía ser *debidamente motivada* conforme a lo dispuesto en la base sexta de la convocatoria.

La motivación que consta en el párrafo inicial de la Orden de 26-6-1989 silenció los datos mencionados en la base *Cuarta* y por tanto no expuso las diferencias de titulación y de años de servicio ni precisó los otros méritos que pudieran y debieran influir en la *libre* designación, de tal modo que el Consejero de Presidencia —órgano decisorio— no pudo sopesar las razones que podrían contrapesar los méritos acreditados o en todo caso no se le ocurrió pedir datos complementarios. Esto significa una desviación de poder consistente, en este caso, en decidir la convocatoria sin

asegurar el cumplimiento de los fines del ordenamiento jurídico y desentendiéndose de los principios de mérito y capacidad en materia de reclutamiento y ascenso de los funcionarios.

De acuerdo con lo anterior procede confirmar *parcialmente* el fallo apelado en cuanto se refiere a la nulidad del acto impugnado. Sin embargo, la desviación de poder que justifica la estimación del recurso no acarrea por sí misma la declaración de derechos individualizados porque aparte del carácter revisor de esta jurisdicción, en el presente caso, en que la desviación proviene de la ausencia de la debida motivación de la propuesta, no se puede preguzgar el peso que dicha motivación pudiera tener en la resolución de una convocatoria por el procedimiento de libre designación.» *(Sentencia de 4 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8238.)*

B) *Notificación. Edictal. Requisitos para su validez.*

«Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional —SS. 9/1981 (RTC 1981, 9), 1/1983 (RTC 1983, 1), 22/1987 (RTC 1987, 22), 72/1988 (RTC 1988, 72) y 242/1991 (RTC 1991, 242), entre otras— la de que los actos de comunicación procesal por su acusada relación con la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental garantiza el artículo 24.1 de la Constitución Española, y muy especialmente con la indefensión que en todo caso proscribe el citado precepto, no constituyen meros requisitos formales en la tramitación del proceso, sino exigencias inexcusables para garantizar a las partes o a quienes puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de modo que la inobservancia de las normas reguladoras de dichos actos podría colocar a los interesados en una situación de indefensión contraria al citado derecho fundamental. La citación edictal requiere por su cualidad del último medio de comunicación no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial de considerar que la parte se halla en ignorado paradero se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación.

La propia parte apelante, tanto en su escrito de contestación a la demanda en la instancia como en el escrito de alegaciones de este recurso, reconoce expresamente que "no siendo posible notificar al deudor en su domicilio, se procedió de conformidad con lo establecido en el artículo 99.7 del Reglamento General de Recaudación, a efectuarlo mediante edicto fijado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Santander y a declararlo posteriormente en rebeldía".

La Administración tenía fijado en el expediente sancionador el domicilio del deudor, y allí le habían sido precisamente notificadas las multas impuestas en las correspondientes infracciones de tráfico cuyo impago generó el procedimiento de apremio.

Como también expresa la STC 9/1991, de 17 enero (RTC 1991, 9), cuando resulta infructuoso el emplazamiento por correo certificado con acuse de recibo, por hallarse ausente su destinatario, no puede realizarse sin más la notificación por edictos que autoriza el artículo 33 de la LPL, pues antes de acudir a este procedimiento es preciso que no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero y que se consigne así por diligencia.

Es claro también que el Reglamento General de Recaudación 3154/1968, de 14 noviembre, en su artículo 99 impone como requisitos de las notificaciones en el procedimiento de apremio, que se hagan en el domicilio del deudor, admitiéndose la notificación por edictos en el Boletín Oficial Provincial y tablón de anuncios de la Alcaldía pero respecto de deudores cuyo domicilio no es conocido.

Si en el procedimiento de apremio cuestionado consta el domicilio del deudor, y no existe diligencia alguna explicativa de las razones que han impedido la notifica-

ción personal en el domicilio del deudor, es llano que de acuerdo con la jurisprudencia citada, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, ratificando la sentencia apelada.» *(Sentencia de 10 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8194.)*

III. CONTRATOS

Actos separables. La autorización del Consejo de Ministros para la venta directa por una Sociedad Estatal de determinados activos es un acto separable previo, que no presupone la perfección del contrato. La posterior no conclusión de la venta no significa una revocación de hecho de aquella autorización.

«Entrando en el fondo del litigio, los hechos declarados probados demuestran que no ha existido el alegado contrato de compraventa objeto de la autorización acordada por el Consejo de Ministros por la incidencia de unas reclamaciones laborales y una regulación de empleo de los trabajadores que alteraban las condiciones de la oferta de la entidad actora y de la venta acordada con una finalidad de interés general que incluía la protección de los intereses legítimos de los trabajadores como *causa expropiandi*. La autorización concedida venía prevista en el artículo 5.º de la Ley citada 7/1983, de 29 junio, de expropiación de "Rumasa", sólo para el supuesto de la enajenación de la totalidad o parte de las acciones o participaciones en el capital de las Sociedades integrantes del Grupo "aplicando en dichas enajenaciones criterios de respeto del interés social perseguido con la expropiación" (art. 5.1) y determinándose que la enajenación se hará por concurso público en la forma prevista por la legislación de contratos del Estado, salvo que el Gobierno autorice la venta directa de las acciones. En este último caso se dará cuenta a las Cortes Generales (art. 5.2).

La demandante alega que esa Autorización constituía una "adjudicación que 'perfeccionaba' el contrato de compraventa invocando el artículo 32 de la Ley de Contratos del Estado", ya que —según alega— la formalización constituye un requisito *ad solemnitatem* que no se ha cumplido por causas imputables a la Administración, invocando el artículo 120 del Reglamento General de la Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 noviembre, y por tanto que debía cumplirse ese requisito, indemnizando al contratista de los daños de la demora, así como que la enajenación de los buques necesitaba la nueva autorización del Consejo de Ministros, habiéndose realizado por vía de hecho.

Esta Sala no estima de recibo las conclusiones de la actora. La autorización concedida por el Consejo de Ministros para la enajenación directa por la Sociedad estatal "Rumasa, S. A." no era una adjudicación o "aprobación" de la venta de las acciones, sino un requisito legal para la misma, y por ello esa autorización no constituía una prestación de un consentimiento de venta, ya que la enajenación a realizar no se realizaba por el Gobierno, sino por una Sociedad a la que previamente se transfería la propiedad de la sociedad cuyas acciones serían objeto de posterior enajenación de las condiciones que aseguraban su legalidad. El carácter estatal de la Sociedad y las vicisitudes de la titularidad de esas acciones —que correspondía al Patrimonio del Estado tras la expropiación efectuada con una finalidad protectora de los intereses públicos, especialmente de los trabajadores de las empresas expropiadas— exigía por la citada Ley la autorización de la enajenación por el Gobierno en atención a las obligaciones que el Estado contraía. La autorización de enajenar contemplada es, por tanto, un acto administrativo realizado en la preparación de un futuro

contrato de venta, separable y separado de éste y cuyos efectos eran de orden interno para legitimar la prestación del consentimiento por la Sociedad que había de hacerlo según el propio Acuerdo y en los términos y condiciones resultantes de la negociación.

Al no estimarse la revocación expresa o por vía de hecho de la Autorización concedida alegada como objeto del presente proceso y limitarse dicha autorización de enajenar a un acto preparatorio de carácter interno para la correcta formación de la voluntad del órgano delegado, ha de desestimarse la pretensión anulatoria de un acto revocatorio de la autorización concedida del Consejo de Ministros inexistente. Del mismo modo ha de desestimarse la pretensión y la indemnización que subsidiariamente se reclama al derivarse de un incumplimiento que no se ha producido del Acuerdo de autorización, ya que las vicisitudes de la negociación de un contrato hasta su final adjudicación no generan derechos subjetivos de carácter administrativo en favor del futuro contratante cuando, como en el presente litigio, no han llegado a crear vitalizado en obligaciones contractuales. En el presente caso las meras expectativas jurídicas en favor de la actora no tenían base contractual en tanto que el órgano autorizado no prestara el necesario consentimiento generador de las obligaciones derivadas del contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil.» *(Sentencia de 29 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6946.)*

IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Justiprecio. Intereses de demora. Fecha inicial. Inicio del expediente expropiatorio. Moderación de la doctrina general en caso de expropiaciones urbanísticas en las que transcurra un período de tiempo muy dilatado entre la firmeza del acuerdo de necesidad de ocupación y la material ocupación.

«Esta Sala tiene declarado reiteradamente, con carácter general, que el cálculo de intereses por demora en la fijación del justiprecio a que se refiere el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa ha de empezar a contar no desde la iniciación del expediente de justiprecio, sino a partir del inicio del expediente expropiatorio, conforme al artículo 21.1 de la Ley de Expropiación Forzosa (S. 27-5-1988, por todas). Sin embargo, este principio general viene atemperado, cuando de expropiaciones por razón de urbanismo se trate —como ocurre en el presente caso— y se produzca un lapso grande de tiempo entre la fecha de la aprobación genérica del Plan que legitima la expropiación, habiéndose entendido por la más moderna jurisprudencia (SS. 28-2-1990 y 8-10-1990), según se establece por esta última, que "El artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa, precisa la responsabilidad por demora en la fijación del justiprecio especificando (...), estableciéndose en el artículo 21.1 de la Ley que el 'acuerdo de necesidad de ocupación inicia el expediente expropiatorio', y si bien el artículo 64 de la vigente Ley del Suelo (la de 1976) señala que la aprobación de Planes de Ordenación Urbana implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes afectados por ellos, debe ser entendido en el sentido de comportar una habilitación legal para la expropiación de carácter genérico (...) mas no la iniciación legal del expediente expropiatorio específicamente considerado, puesto que, generalmente, los Planes de Ordenación Urbana contemplan un planeamiento urbanístico de ejecución escalonada, necesitando, en muchos casos, de planeamientos concretos de carácter sectorial o parcial que en desarrollo de la previsión de aquél se ejecutan, siendo en la materialización de aquellas prevenciones urbanísticas cuando puede entenderse iniciado el expediente expropiatorio a las finalidades legales y, muy especialmente, en lo referente al interés

de demora en la fijación del justo precio", resultando ello natural y consecuente cuando transcurre un gran período de tiempo entre la firmeza del acuerdo de necesidad de ocupación, que con carácter general, como ha quedado dicho, inicia el expediente expropiatorio (art. 21 de la Ley) y la material ocupación o inicio del expediente de justiprecio, pues se producen dos efectos motivados por tal retraso que tienen trascendencia e incidencia patrimonial; así, de un lado, el propietario sigue disfrutando del uso y gozo de la cosa y aprovechándose de sus rendimientos y, de otro, si conforme al artículo 36 de la Ley Expropiatoria, el valor de los bienes ha de referirse a la fecha de inicio del expediente de justiprecio, tal valoración ya resulta actualizada en el período de tiempo que el retraso comporta, no pareciendo lógico que producida tal actualización de valor, se imputen, además, unos intereses, a girarse sobre dicha valoración que resulta actualizada, como consecuencia del retraso padecido, pues no debe olvidarse, también, que los intereses de demora en la fijación del justiprecio constituyen una "indemnización" —así los califica la Ley en el art. 56— que ya queda subsumida por la actualización del precio que el retraso en la fecha de inicio del expediente de justiprecio comporta.

Una interpretación literal de los artículos 56, 21 y 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, y 28 de su Reglamento, en relación con el artículo 64 de la Ley del Suelo, sin atender a los razonamientos antes expuestos, conduciría a situaciones irreconciliables con los conceptos de justicia material y equidad, como en el presente caso así acontecería, pues por la aplicación estricta y literal de dichos preceptos se produciría el contrasentido de que hubiese de satisfacerse al expropiado unos intereses por un período de tiempo en que el actor no era titular de los derechos arrendaticios expropiados, dado que si el plan o proyecto legitimador de la expropiación es de fecha 5-10-1959 y según la interpretación legal literalista a partir de los seis meses de esta fecha se devengarían intereses por demora en la determinación del justiprecio y hasta el 19-1-1978, fecha del contrato de arrendamiento, no adquiere los derechos arrendaticios objeto de expropiación, se produciría la paradoja de estar percibiendo unos intereses por la valoración de unos derechos arrendaticios por un período de tiempo en que todavía no habían ingresado en su patrimonio (desde el 5-4-1960 hasta el 19-1-1978) y respecto de los cuales no tenía un derecho expectante, ni siquiera es posible que entrase en sus proyectos la adquisición del local arrendado en enero 1978, así como tampoco a partir de esta fecha, pues la valoración en que se traduce el justiprecio efectuado en 1985 nace ya actualizada, pugnando esta situación con el concepto claramente indemnizatorio que los intereses por demora en la determinación del justiprecio tienen en nuestro ordenamiento.» *(Sentencia de 3 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8185.)*

V. SERVICIO PÚBLICO

A) *Mercados municipales. El Reglamento de funcionamiento de un mercado municipal no puede prever que las entidades públicas puedan acceder a un puesto de venta como mayoristas, puesto que ello vulneraría el régimen de libertad de concurrencia.*

«Se impugna igualmente el artículo 12.*f)* del Reglamento de Funcionamiento, en base a considerar la parte recurrente que el mismo admite que los órganos de la Administración Pública, entidades estatales, autónomas y organismos municipales puedan operar como vendedores en el Mercado de Mayoristas, lo que supondría un trato discriminatorio respecto al resto de posibles vendedores particulares. Para dar una adecuada respuesta jurídica respecto de la posible legalidad o ilegalidad del ar-

tículo mencionado debemos partir del hecho de que la creación de la Empresa Mixta parte de la municipalización del servicio de mercados por parte del Ayuntamiento en base a lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley de Bases (Ley 7/1985, de 2 abril), que declara la reserva en favor de las entidades locales de los servicios esenciales de mataderos, mercados y lonjas, y del artículo 18.1.° del Reglamento de Servicios, que dispone que la intervención en materia de abastos se dirigirá a asegurar la libre competencia como medio de procurar la economía en los precios; debiéndose tener igualmente en cuenta el Decreto 1560/1970, de 4 junio ("BOE" núm. 139, de 11 junio). Para la prestación de dicho servicio se ha constituido una figura jurídica personificada intermedia, cual es la Empresa Mixta y forma de gestión indirecta de dicho servicio, reconocida legalmente en los artículos 85.4.*e)*, 104.2 y 4 del Texto Refundido y 102 y ss. del Reglamento de Servicios. Si se observa claramente de las disposiciones aplicables e invocadas, se advierte que el mercado de mayoristas deberá desarrollar su actividad en régimen de libre competencia, aspecto que se constituye en el núcleo esencial de la prestación del servicio; así, el artículo 18.1 del Reglamento de Servicios, que establece que la intervención en materia de abastos se dirigirá a asegurar la libre competencia; el artículo 2.1 del Decreto 1560/1970, ya mencionado, dice que los mercados mayoristas deberán contar con los servicios y las instalaciones comerciales precisas para el desenvolvimiento de su actividad en régimen de libre concurrencia, el artículo 3.1 del mismo habla de sana concurrencia comercial; de esta forma el conseguir la libre concurrencia o competencia comercial se convierte en criterio angular para la prestación del servicio; criterio que se verá garantizado en la medida en que la intervención de los usuarios permita esa libre competencia, que por otra parte lo ha de ser en condiciones de igualdad; si tenemos en cuenta que el artículo 10 del Reglamento de Prestación al regular quiénes podrán operar como titulares de puestos en el mercado mayorista no recoge la extensión que de los mismos hace el artículo 12.*b)* del Reglamento de Funcionamiento, al incluir los órganos de la Administración Pública, entidades estatales y organismos municipales, ello está implicando que se ha producido una quiebra del principio positivizado de libre concurrencia o competencia, con consecuencias discriminatorias y en perjuicio de los demás vendedores, al posibilitar que las Administraciones Públicas, como tales con su caracterización de *potentior persona* y con los privilegios que le son inherentes actúen como simples vendedores; pues el propio Reglamento básico —art. 10.*f)*— y el Reglamento de Funcionamiento —art. 12.*g)*— arbitran los mecanismos de intervención pública y en la calidad de vendedores de diversas Entidades (Dirección General de Comercio Alimentario y Comisaría de Abastecimiento y Empresa Mixta), para conseguir los objetivos de regulación de precios, asegurar el abastecimiento de la ciudad y su área de influencia, o establecer la calidad y la competencia en el mercado; situación de intervención que por su propia finalidad sólo puede producirse para los fines referidos y con carácter excepcional. Todos estos argumentos han de servirnos para tachar de ilegal el artículo 12.*f)* recurrido.

Aceptamos el primer Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia recurrida (de los dos que hay) pero suprimiendo de su texto el párrafo que dice: "no sólo se ha producido una extralimitación legal del Reglamento de Funcionamiento a la que no le habilita el Reglamento de Prestación, que como regulación esencial y básica es el único que podía hacerlo; sino que paralelamente también"; y añadimos, inmediatamente después de la supresión, la palabra "que"; y

Los mismos argumentos de la sentencia apelada que acabamos de transcribir, que conducen a la anulación inevitable del artículo 12.*f)* del Reglamento de Funcionamiento del Servicio Mayorista de Pescados de Valencia aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 12-3-1987, son los que han de determinar también la anulación del artículo 58 del mismo Reglamento con preferencia a los que consignaba el Fundamento de Derecho Cuarto de la apelada para excluir que se pueda poner a disposición de los órganos de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales que lo soliciten los espacios comerciales o puestos libres existentes en los mercados; siendo válida la restante argumentación del citado

Fundamento de Derecho Cuarto de la recurrida para invalidar lo que quedaba del aludido artículo 58 del nuevo Reglamento de Funcionamiento por su disparidad con el superior Reglamento de Prestación del Servicio y con los preceptos legales y reglamentarios que la sentencia apelada aduce *in fine* de su dicho Fundamento de Derecho Cuarto; siendo también de señalar, a fin de desvirtuar alegatos de la apelación, que aun cuando la sentencia recurrida habla del Reglamento de Prestación como regulación esencial, básica y única que podría permitir ciertas cosas a su subordinado de funcionamiento, debemos advertir que esta dicción de la sentencia apelada no ha sido aceptada íntegramente por este Tribunal porque también el Reglamento de Prestación está a su vez subordinado a las disposiciones generales de rango superior (Tratado de Roma [LCEur. 1986, 8]; Ley de Bases de Régimen Local, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19-7-1984, Ley reguladora de las Bases de Régimen Local de 2-4-1985, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17-6-1955, y a las Leyes posteriores de Defensa de la Competencia de 17-7-1989 y de regulación de la Competencia Desleal de 10-1-1991), a cuyas disposiciones han de ajustarse los Reglamentos Municipales bajo sanción de la inaplicabilidad de los mismos (art. 6.° de la Ley Orgánica del Poder Judicial).» *(Sentencia de 28 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6542.)*

B) *Municipalización. Un Ayuntamiento no puede municipalizar sin monopolio la prestación de un servicio de titularidad estatal —la distribución y venta de carburante— ni siquiera mediante convenio con la empresa prestadora del servicio —CAMPSA— para constituir una Empresa Mixta.*

«El acto administrativo a que se refiere el presente proceso es un acuerdo del Ayuntamiento de municipalización sin monopolio de la venta y distribución de carburantes en el término municipal, a raíz del cual se aprobó la constitución de una empresa mixta entre el Ayuntamiento y la entidad "CAMPSA", empresa a la que correspondería en todo caso la titularidad de las nuevas explotaciones. Al efecto ha de tenerse en cuenta que la denominación de municipalización sin monopolio, correcta en Derecho, no debe inducir a error, pues significa que subsisten los anteriores puntos de venta de carburantes y sus instalaciones pero, y ello es sustancial, los nuevos serían en todo caso de titularidad de la empresa mixta constituida.

Ante la impugnación de estos acuerdos la sentencia apelada acoge las alegaciones de los recurrentes ante el Tribunal de instancia en el sentido de que según el ordenamiento vigente el Ayuntamiento carece de competencia respecto al servicio. Por tanto, declara que la municipalización es nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta del Ayuntamiento según el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ello arrastra la nulidad del subsiguiente acuerdo municipal de creación de la empresa mixta.

Frente a esta sentencia, sobradamente fundada, el Ayuntamiento se limita a alegar que no se vulnera la competencia del Estado, pues el acuerdo de municipalización fue precedido de un convenio con "CAMPSA", que es en definitiva el propio Estado, y que el Ayuntamiento puede actuar en la materia, al amparo de la cláusula general de competencia que establece la Ley, sin perjuicio de que existan posibles competencias compartidas o concurrentes.

Por el contrario, los apelados alegan que los acuerdos municipales no sólo son contrarios al Derecho interno español, sino que además contravienen el Derecho de las Comunidades Europeas, vulnerando diversos preceptos del Tratado de Roma y señaladamente el artículo 52, que versa sobre el libre establecimiento.

Dicha argumentación no carece de entidad y puede ser examinada por la jurisdicción española, dada la aplicación directa en nuestro ordenamiento del Tratado de Roma. Sin embargo, en el caso que se estudia, ello no es necesario ya que la con-

travención del derecho interno sería de por sí suficiente para declarar la nulidad de los acuerdos. Por tanto, conviene limitarse a las declaraciones de la sentencia apelada y a los argumentos del Ayuntamiento ahora apelante de que se ha dado cuenta, que son los que deben ser examinados para la mejor solución en Derecho del presente proceso.

Dichos argumentos, es decir, que el Ayuntamiento es competente al amparo de la cláusula general que establece la ley, y que al contratar con "CAMPSA" se supone la intervención del Estado, se encuentran íntimamente ligados al intentar mantenerse que estamos ante una competencia concurrente del Estado y de la entidad municipal. Dichos argumentos deben examinarse en orden inverso al enunciado, pues si se llega a la conclusión de que el Ayuntamiento no es en absoluto el competente en modo alguno puede darse una competencia o ámbito de actuación que concurra con la actividad del Estado, ni siquiera mediando la intervención de "CAMPSA".

Pues bien, a estos efectos hay que partir de dos consideraciones. En primer lugar, que está reconocido pacíficamente en nuestro Derecho que el servicio de distribución y venta de carburantes es un servicio público. En segundo lugar, que la prestación de este servicio eventualmente por el Ayuntamiento debería hacerse en el marco de las competencias municipales, tal como las configura el ordenamiento jurídico.

Esta es verdaderamente la cuestión central, que resuelve de modo correcto la sentencia apelada. En nuestro Derecho la Ley Básica de Régimen Local 7/1985, de 2 abril, mantiene en su artículo 25 la vieja cláusula de competencia general, según la cual el municipio es competente para gestionar los intereses locales y promover toda clase de actividades y servicios que satisfagan las necesidades y aspiraciones de la comunidad. Pero, como ajustadamente se declara en los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, dicha cláusula ha de entenderse en el contexto del sistema complejo que establece la Ley, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo.

A tenor de dicho sistema hay que interpretar que la autonomía municipal es una autonomía simplemente administrativa y por ello de carácter limitado, pues los entes locales se encuentran sometidos a las leyes del Estado y de la correspondiente Comunidad Autónoma. Ello debe entenderse sin perjuicio de que ejerzan potestades públicas como entes públicos que son, potestades que reconoce el artículo 4.° de la Ley.

Pero, en todo caso, para obtener el ámbito de actividad donde pueden administrar válidamente los entes locales hay que tener en cuenta que las amplias competencias que reconoce el artículo 25 del texto legal han de ejercerse en el contexto de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas y en colaboración con ambos. De modo que salvo en la estricta materia de los servicios municipales mínimos, en los demás casos no puede actuar el municipio si existe una competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma que implica la titularidad del servicio público. Ello sucede especialmente cuando no se trata de llevar a cabo una actividad económica en régimen de libre concurrencia a tenor del artículo 96 del Texto Refundido de las Corporaciones Locales, sino de limitar la concurrencia de los particulares.

Viniendo al presente supuesto, el caso es que el Decreto-Ley 5/1985, de 12 diciembre, puesto en relación con el Reglamento de Suministro y Venta de Carburantes de 5-3-1970, consagra inequívocamente el carácter de esta actividad como servicio público de titularidad estatal. Por tanto, el Ayuntamiento no puede válidamente adoptar un acuerdo de municipalización de un servicio público del que no es titular. En consecuencia, el acuerdo de municipalización es nulo de pleno derecho a tenor del artículo 47.1.*a)* de la Ley de Procedimiento Administrativo y lo es también la creación de la empresa mixta.

Frente a esta argumentación, que se mantiene también por la sentencia apelada, la Sala no puede acoger la alegación de que se respetó la competencia del Estado porque previamente se había celebrado un convenio con "CAMPSA". Pues aunque de algún modo esta entidad administrase desde su origen indirectamente intereses

estatales como concesionaria del monopolio, es obvio que se trata, no sólo de una entidad formalmente distinta del Estado, sino además de una empresa que tiene intereses distintos de los estatales, por lo que existe en ella una Delegación del Gobierno, independientemente de cuál sea la participación del Estado en el capital social.

Por tanto, la invocación del argumento de que la conformidad de "CAMPSA" salvaba la competencia del Estado en modo alguno puede admitirse a la vista de la normativa vigente y los principios que integran el ordenamiento jurídico. Todo ello conduce a que deba desestimarse el presente recurso de apelación y confirmarse la sentencia apelada.» *(Sentencia de 16 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6530.)*

VI. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Potestad organizatoria. Carácter discrecional de la misma respecto de la estructura de las Consejerías, al margen de que ello implique supresión de puestos de trabajo y adscripción de los empleados a nuevos puestos.

«Los dos Decretos recurridos configuran una ordenación nueva de la Consejería de la Presidencia, en que prestaba sus servicios profesionales el funcionario actor, ya que el primero diseña *ex novo* su estructura orgánica, de la que resulta la supresión del servicio que aquél encabezaba y el segundo aprueba la relación de puestos de trabajo, completando de esa manera la organización en el ámbito administrativo a que se refiere. Por último, la resolución por la que se adscribe al actor a un nuevo puesto de trabajo es una consecuencia jurídicamente enlazada con la supresión de su servicio y de su puesto de trabajo, operada mediante los Decretos regionales mencionados.

Tal afirmación no carece de importancia, puesto que el actor introduce argumentos basados en la oportunidad de la reorganización de la Consejería que sólo son admisibles en relación con su caso particular. Así, cuando afirma que el resultado de la operación es la supresión formal del Servicio, pero no la de las funciones individuales que lo integraban, que se estructuran de otro modo, censurando de ese modo el proceder administrativo, por juzgarlo inoportuno. En ello quiere ver el recurrente una persecución personal, cuya traducción jurídica sería la desviación de poder y cuya expresión más genuina se contiene en la expresión "proceso de acoso y derribo".

Se critica, por tanto, en la demanda, que la Administración regional, socapa de atender imperiosas necesidades de carácter técnico-organizativo, lo que ha buscado ha sido un perjuicio personal del recurrente, que el actor adivina en los términos del informe interno que el Director Regional de la Función Pública emitió con carácter previo a la aprobación de los Decretos, en el que se contenían afirmaciones no sólo sobre la legalidad de los cambios, sino sobre la conveniencia de los mismos, haciendo referencias a la escasa utilidad del Servicio, que en un principio fue creado atendiendo a criterios y técnicas de eficacia empresarial privada, de difícil encaje en el seno de una Administración.

Tales argumentos se ponen en función de una pretendida desviación de los fines propios que está llamada a atender la Comunidad Autónoma, como administración que es. No se advierte, sin embargo, ese alejamiento de la actividad organizativa desplegada por medio de los Decretos que examinamos, de la finalidad jurídica que le es propia, ni un propósito, abierto o encubierto, de represaliar al actor. Exponente de ello es que la reforma de la Consejería no se limita al Servicio encomendado al actor, sino que se aborda una amplia reestructuración de la práctica totalidad del

organigrama burocrático de aquélla, de la que resultan afectadas numerosas unidades y servicios. Está, además, suficientemente justificada la necesidad de los cambios acometidos, por lo que no se aprecian indicios de la denunciada desviación de poder.

Valga para contrarrestar las objeciones vertidas sobre la conveniencia de emprender la nueva estructura orgánica de la Consejería, y de hacerlo de la forma empleada y no de otra, la doctrina conocida acerca de la potestad autoorganizativa de la Administración, reducto paradigmático de la actividad discrecional. Ello no equivale a arbitrariedad, ni a exención del control a que jurisdiccionalmente están sometidos los actos en que se manifieste tal potestad, no sólo por virtud de la cláusula general de sumisión de los actos administrativos a la Ley y al Decreto, sino por la posibilidad legal de distinguir elementos reglados en todo acto de decisión. Ahora bien, el porqué último del designio administrativo escapa al control de los Tribunales, una vez presupuesta la legalidad de los actos, que examinaremos, pues consiste en la elección entre diversas opciones que se presentan, basada en criterios de oportunidad, que se hacen particularmente ostensibles en materia de organización de las instituciones públicas y del entramado funcionarial de que se dotan.» *(Sentencia de 30 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6563.)*

VII. Administración Local

Control y relaciones interadministrativas. La Administración del Estado no puede exigir a un Ayuntamiento que le remita todos los Reglamentos y Ordenanzas que la Corporación tenga aprobados, puesto que las relaciones interadministrativas entre ambos niveles, articuladas en torno al principio de autonomía local, exigen que ambas instituciones se hallen en un plano de igualdad posicional, y la citada exigencia del Estado le colocaría en una supremacía no admisible.

«El apartado 1 del artículo 56 ciertamente que no ampara la mencionada exigencia que la autoridad del Estado dirige a la municipal, pues el mismo establece que las Entidades Locales tienen el deber de remitir a la Administración del Estado copia o, en su caso, extracto de los actos y acuerdos de las mismas, y como declaró la antigua Sala 4.ª de este Tribunal en su S. 15-4-1988, el indicado apartado 1 del artículo 56 de la Ley impone solamente a las Corporaciones Locales la obligación de enviar a la Administración del Estado *"copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de aquéllas"*, y no le obliga a *remitirle* otros documentos.

El siguiente apartado 2 del mismo artículo 56 faculta en todo caso a la Administración del Estado a *"recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal, pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes"*; todo ello con el fin de comprobar la efectividad de la aplicación de la legislación estatal.

Resulta claro que la aludida facultad que ostenta la Administración del Estado de recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal y de solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes, tampoco amparaba la exigencia del Delegado del Gobierno de que el Ayuntamiento *le remita* todas las Ordenanzas y Reglamentos que la Corporación tuviere aprobados y vigentes; pues ésta no es la *"información concreta sobre la actividad municipal"* que el Estado puede exigir al Ayuntamiento según el repetido artículo 56.2, ni tampoco es una so-

licitud del Estado de que se *le exhiban* expedientes o de que se le *emitan* informes, ya que una cosa es la solicitud de *exhibición* de expedientes y de *emisión* de informes, y otra distinta exigir *la remisión* de todas las Ordenanzas o Reglamentos vigentes en el Municipio. Los Ayuntamientos no tienen la obligación de enviar sus Ordenanzas o Reglamentos al Estado, sino que es éste el que puede solicitar que se le *exhiban* los expedientes pero no que se le *remitan;* y el Estado tiene asimismo la facultad de pedir y de obtener *información concreta sobre la actividad municipal,* pero no la de exigir que el Ayuntamiento le envíe *todas sus Ordenanzas o Reglamentos.*

Carece, pues, de acomodo en los examinados apartados del artículo 56 de la Ley la exigencia remisoria; no siendo, por otro lado, tampoco de pertinente cita el artículo 65.2 de la misma Ley de Bases Local, también aducido por el requerimiento del Delegado del Gobierno del Estado, dado que el Ayuntamiento no había adoptado ningún acuerdo que pudiera ser objeto del requerimiento anulatorio a que tal precepto se refiere.

El Capítulo II del Título V de la mencionada Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local disciplina las relaciones interadministrativas para la debida efectividad de la coordinación y de la eficacia entre las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales, de otro, debiendo unas y otras en sus relaciones recíprocas facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por ellas de sus cometidos propios —art. 55.*c)* de dicha Ley—; pero no entra tampoco en este apartado, que nadie invoca, legitimación para la tan repetida exigencia de la Delegación del Gobierno en Canarias de que el Ayuntamiento de La Oliva le remitiera todas las Ordenanzas o Reglamentos vigentes de la Corporación Municipal, pues la requirente, Administración del Estado, para nada explica, ni menos justifica, el motivo o razón por el cual necesita la remisión de todas las disposiciones generales del municipio, ni tampoco acredita que esos Reglamentos u Ordenanzas Municipales hubieren de ser relevantes para el adecuado desarrollo de los cometidos del Estado, por lo que en estas circunstancias tampoco podía ser aplicable el artículo 55.*c)* de la tan mencionada Ley de Bases; ya que no se puede olvidar que —como reconoce la sentencia recurrida— el principio constitucional de autonomía de las entidades locales proclamado en los artículos 137 y 140 de la Constitución Española, y el administrativo de la descentralización, impiden ejercer facultades de control sobre la actividad general de unos centros de poder sobre otros y que, como explica la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, las técnicas de relación entre Administraciones han de tener por objeto más bien la definición del marco y de los procedimientos que faciliten el encuentro y la comunicación, incluso informal, para la colaboración y coordinación interadministrativas fundamentalmente voluntarios y de base negocial. Pero que, naturalmente, el cuadro de técnicas ha de cerrarse por un sistema resolutorio del supuesto límite del conflicto, por fracaso de las mismas, debiendo configurarse ese sistema de resolución de conflictos de un modo respetuoso con la esencial igualdad posicional de las Administraciones Territoriales que a la vez asegure que el planteamiento y la sustanciación del conflicto no alteren la específica estructura constitucional de los intereses públicos a los que sirven dichas Administraciones. Pues la Ley, más que pretender garantizar la autonomía sobre la quietud de compartimientos estancos e incomunicados, y, en definitiva, sobre un equilibrio estático propio de las cosas inanimadas, busca fundamentar la autonomía en el equilibrio dinámico propio de un sistema de distribución del poder, tratando de articular los intereses del conjunto, reconociendo a cada uno lo suyo y estableciendo las competencias, principios, criterios y directrices que guíen la aplicación práctica de la norma en su conjunto de forma abierta a la realidad y a las necesidades del presente; pero habiéndose de tener siempre en cuenta en el ámbito de las relaciones interadministrativas que la actuación de una Administración respecto de la otra ha de moverse en todo momento en un plano de igualdad posicional y con la

necesaria justificación del obrar de una Administración respecto de la otra, pues de otra manera se quebrarían aquellas bases de igualdad si se admitieran imposiciones que pudieran estimarse cuando menos injustificadas, cuando no arbitrarias, que es, precisamente, lo que podría aquí predicarse de la expresada conducta de la Delegación del Gobierno en Canarias con relación al Ayuntamiento de La Oliva, al que sin darle motivo ni justificación de clase alguna de su pretensión, le exige la remisión incondicionada de todas las Ordenanzas o Reglamentos del municipio de los que evidentemente podía pedir información concreta justificando, o al menos explicando, un razonable motivo para su petición, tanto más cuanto que el Estado, lo mismo que los particulares, puede acceder directamente al contenido de las Ordenanzas o Reglamentos Municipales en virtud del principio de la publicidad de las normas garantizado constitucionalmente (art. 9.3 de la Constitución) y, en el ámbito local, concretado en el artículo 70.2 de la propia Ley de Bases.

No estimándose, en definitiva, razonable ni justificada la inmotivada exigencia de la Delegación del Gobierno en Canarias formulada al Ayundamiento de La Oliva, procederá declarar conforme a derecho la actuación del Ayuntamiento y, por el contrario, disconforme con el mismo el requerimiento de la Delegación del Gobierno en Canarias; porque llegados al caso límite del fracaso de la colaboración institucional voluntaria de ambas Administraciones, y situadas en el extremo de la confrontación, se habrá de estar con rigor a la regulación muy precisa de las relaciones entre ambas Administraciones que se deja señalada más arriba, donde ya hemos visto que no está incluido el deber de la Administración Municipal de atender el genérico e injustificado requerimiento remisorio de la Administración General, por lo que deberemos revocar la sentencia apelada y confirmar el acto denegatorio presunto de la Administración Municipal de La Oliva de remitir a la Delegación del Gobierno de Canarias las Ordenanzas o Reglamentos municipales expresados.» *(Sentencia de 21 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6537.)*

VIII. ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA

Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Recurso cameral. Naturaleza de exacción parafiscal. Interpretación a la luz de la Ley 3/1993, de 22 de marzo.

«Acotado así el campo en el que únicamente debe operarse reducido a la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros desestimatorio del recurso de alzada *per saltum* interpuesto contra liquidaciones de la cuota cameral, ejercicios 1985-1986, por entender la empresa accionante afectado de nulidad el Decreto de 1974 en sus artículos 35, 36 y 37, resulta indicado referirse a la doctrina que sobre los mismos particulares tiene establecida esta Sala en S. 2-6-1992, resolviendo un recurso planteado en los mismos términos, entre la entidad mercantil "L., S. A." y la Administración del Estado sobre liquidaciones de cuotas giradas por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Málaga, impugnando el Acuerdo del Consejo de Ministros desestimatorio del recurso de alzada *per saltum* con base en la invocación de ser nulo de pleno derecho el Reglamento aprobado por D. de 2-5-1974 y el RD de 1978 por el que fue parcialmente modificado el anterior y solicitando subsidiariamente la declaración de nulidad de los preceptos del Decreto citado en primer lugar concernientes a los recursos de las Cámaras.

El criterio expresado en la citada sentencia queda resumido en su último fundamento de derecho, que literalmente transcrito dice así: "Cabe concluir en definitiva

que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, son Corporaciones de derecho público y base privada teniendo asignados para el cumplimiento de sus fines específicos un recurso porcentual calculado sobre los impuestos que en cada momento graven el ejercicio de la actividad, y los beneficios obtenidos de la misma manera, a cargo de sus miembros, ya sean personas naturales o jurídicas, obligatoriamente integradas en el electorado de la entidad por ministerio de la Ley, sin que por ello dichas Corporaciones puedan confundirse con las simples asociaciones constituidas por voluntad privada sujetas al régimen de libertad asociativa. La Ley de Bases de 1911 crea el recurso cameral determinando el hecho imponible, la base y el tipo impositivo, aportación que no es una exacción parafiscal, sino un débito de carácter público no tributario, sometido no obstante al principio de reserva de ley, exigencia que aparece cumplida puesto que el Decreto desarrolla y actualiza la habilitación conferida por la Base Séptima de la Ley de creación, sin que en él se aprecie extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria. La Ley 44/1978, de 8 septiembre, reguladora del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, dio por supuesta la vigencia de la Ley de 1911 y del Decreto de 1974, como hiciera también la Ley de Presupuestos 9/1983, de 13 julio, y las posteriores, así como la Ley 8/1989, de 13 abril, que en ningún momento aspiran a crear el recurso de las Cámaras, sino que se limita a considerarlo preexistente, realizando, no obstante, una labor de adaptación a la fiscalidad que corresponda en cada etapa de reforma tributaria, perfectamente admisible con arreglo a la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del artículo 134.7 de la Constitución, respecto de las Leyes de Presupuestos.

No se aprecian tampoco los defectos formales alegados ni en el procedimiento de elaboración, ni en el expediente administrativo.

La exposición de motivos de la reciente Ley 3/1993, de 22 marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, aunque inaplicable por su fecha a las liquidaciones ahora cuestionadas en el presente proceso, considera los recursos de estas Cámaras como Exacciones Parafiscales, naturaleza que la sentencia citada como precedente entendió más propia de un ingreso de carácter público no tributario, aceptando con ello la tesis de la Administración.

Ello no obstante, tal mutación axiológica tampoco serviría para alterar el sentido desestimatorio del recurso, a que conduce la argumentación anterior, pues en el Fundamento de Derecho octavo de la repetida S. 2-6-1992 ya se especulaba con la posibilidad alternativa de que el recurso cameral fuese una exacción parafiscal, sin que ello obstase a la legalidad del Decreto impugnado.

En efecto, admitiendo que el texto del artículo 224 de la Ley 41/1964, de reforma del sistema tributario, impone la necesidad de adaptación al nuevo régimen de las tasas y exacciones parafiscales creadas o establecidas por Ley o en virtud de autorizaciones legales, antes de 1-1-1965, es lo cierto que este mandato no incluye una derogación automática de las leyes precedentes en las que no se cumpla la acomodación en el plazo previsto, ni tampoco por ende, que quedara invalidada la base séptima de la Ley de creación de 1911, que permitía adaptar en cada momento a través de la habilitación conferida, el recurso permanente a los impuestos que en la dinámica tributaria hubieran venido a sustituir a aquellos que gravaban el ejercicio del comercio, la industria o la navegación, técnica asumida por el Decreto de 1974, sin desbordar por ello su específica función de desarrollo de las bases marcadas en la Ley de 1911, concedida para este caso con fórmula abierta comprensiva de los tributos que vinieran a sustituir a los que a la sazón gravaban el ejercicio de la actividad y los beneficios de la misma, acomodándose al régimen de la Ley de 11-6-1964, vigente en el momento de la publicación del Decreto.

Por otra parte, abunda en la misma idea de que el tracto normativo no ha llegado a interrumpirse entre la Ley de 1911 y el Decreto de 1974, por efecto del artículo 224 de la Ley 41/1964, la consideración de que un retraso en las medidas de adaptación, inicialmente previstas para ser operativas antes de 1-1-1965, y en ningún caso impu-

table a la voluntad de las Cámaras afectadas, acarrearía la derogación automática de la Ley por un procedimiento impropio desprovisto de garantías por cuanto dejaría en manos de la potestad reglamentaria una norma con rango de Ley formal por el simple expediente de demorarse en la regulación del nuevo régimen de adaptación.

Finalmente, el valor interpretativo que al menos con tal carácter habrá de atribuirse a la reciente Ley 3/1993, de 22 marzo, para la resolución de este proceso, obliga a afirmar que el legislador apuesta por la subsistencia anterior de la Ley de Bases de 1911, del RD-Ley de 26-7-1929 y del D. 1291/1974, de 2 mayo, modificado por D. 753/1978, de 27 marzo, y así se expresa en su disposición derogatoria única, fórmula innecesaria al respecto, si a la entrada en vigor de la nueva Ley, tales disposiciones ya hubiesen estado derogadas.» *(Sentencia de 11 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8430.)*

IX. Comunidad Europea

Libre prestación de servicios. Es contraria a las disposiciones del Tratado CE la norma interna que sólo concede licencias de doblaje de películas de terceros países a los distribuidores de películas españolas.

«En el presente litigio no se ha alegado ni comprobado por esta Sala defecto formal alguno en el Real Decreto impugnado. Como resalta el Consejo de Estado en su Dictamen de 24-11-1990, la delegación legislativa se ejercitó por el órgano competente, mediante el procedimiento legalmente establecido y dentro del plazo establecido en el artículo 3.º de la Ley 47/1985, de 7 diciembre, de Bases de delegación.

En cuanto a los requisitos intrínsecos, la norma delegante es la Ley 47/1985, de 27 diciembre, titulada "de Bases de Delegación al Gobierno para la Aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas", en virtud del Tratado de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas y del Acta relativa a las condiciones de la adhesión y a las adaptaciones a los Tratados anejo al expresado Tratado (arts. 2 y 395 publicados en el "BOE" de 1-1-1986). El artículo 1.º de la Ley citada recoge su finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por España por su ingreso en las Comunidades Europeas mediante la delegación en el Gobierno de la "potestad de dictar normas con rango de Ley en el ámbito de las competencias del Estado sobre las materias reguladas por las Leyes incluidas en el Anexo, a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario y en la medida en que resulten afectadas por el mismo". Según el artículo 2.º de la misma Ley de delegación, tendrán la consideración de bases, cuyo objeto, alcance, principios y criterios deberá ceñirse el Gobierno en la elaboración de los correspondientes Decretos Legislativos, las directivas y demás normas de Derecho comunitario cuya aplicación exija la promulgación de normas internas con rango de Ley. El Anexo citado incluye la Ley 3/1980, de 10 enero, "de Regulación de Cuotas de Pantalla y Distribución Cinematográfica", y la Ley de 27-4-1946 por la que se ratifica con fuerza de Ley el Decreto-Ley de 25-1-1964, de Protección de la Industria cinematográfica (Anexo I), y se determina, en el Anexo II, la directiva núm. 63/607/CEE del Consejo, de 15-10-1963, "para aplicación de las disposiciones del Programa General para la eliminación de restricciones a la libre prestación de servicios en materia de cinematografía", y la Segunda Directiva núm. 65/264/CEE del Consejo, de 13-5-1965, para la aplicación de las disposiciones de los Programas generales para la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de cinematografía.

Teniendo, por tanto, consideración de bases de la Delegación conferida al gobierno las normas del Derecho comunitario, constituido por los Tratados que instituyen las Comunidades Europeas y los revisan, sus Anexos y Protocolos y por los actos de los órganos de las Comunidades entre los que se encuentran las Directivas y la jurisprudencia del Tribunal, con el fin de adecuar a ese Derecho la legislación anterior al Tratado de Adhesión, la cuestión planteada en este proceso se concreta al examen de la alegada utilización *ultra vires* por el gobierno de la delegación legislativa conferida al redactar el Real Decreto 1257/1986, de 13 junio, recurrido.

La impugnación se limita en la demanda a la redacción del artículo 3.2.° de la Ley 3/1980, de 10 enero, sobre cuota de distribución de películas, y a los extremos del Real Decreto legislativo relacionados con esa norma por estimarse que el artículo único del Real Decreto recurrido no ha cumplido las bases de Derecho Comunitario que constituían el límite de la delegación, en cuanto que únicamente la distribución de una película española da derecho a la obtención de cuatro licencias de doblaje de películas de terceros países, medida que la entidad demandante estimaba discriminatoria para las demás películas comunitarias en cuanto se dirigía a favorecer la elección de las producciones cinematográficas españolas y precisaba que esa medida vulneraba las disposiciones del Derecho comunitario que citaba, especialmente el principio de la libre prestación de servicios.

Esta Sala, a la vista del artículo 177 del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea, planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la cuestión prejudicial de la conformidad de la expresada medida al Derecho Comunitario invocado —a los arts. 30 al 35, 36, 59 y 92 de ese Tratado, a las directivas 63/687/CE y 65/264/CE y al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)—. El Tribunal de Justicia mencionado, por S. 4-5-1993, respondió a la pregunta formulada que "las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que reserva la concesión de licencias de doblaje de películas procedentes de terceros países a alguna lengua oficial nacional a los distribuidores que se comprometen a distribuir películas nacionales".

La autoridad de cosa interpretada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conforme al artículo 177 del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea, que resuelve la cuestión prejudicial planteada, conduce a esta Sala a aplicar las normas comunitarias constitutivas de la base de la delegación legislativa según son interpretadas por el expresado Tribunal de Justicia. En el presente caso la nueva redacción del artículo 3.°, apartado 2, de la Ley 3/1980, de 10 enero, dada en el artículo único del Real Decreto Legislativo impugnado, establece una medida de carácter proteccionista de las películas españolas en detrimento de las de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea en cuanto concede licencias de doblaje de películas de terceros países solamente a los distribuidores de películas españolas. Esta disposición es contraria a las disposiciones del Tratado CEE relativas a la libre prestación de servicio y, por tanto, desborda los límites de la delegación legislativa conferida por la Ley 47/1985, de Bases para la delegación. En consecuencia, el recurso interpuesto ha de ser estimado y el Real Decreto legislativo ha de ser anulado respecto a la norma impugnada, manteniendo las demás disposiciones del Real Decreto legislativo en las que no se ha alegado ni observado extralimitación en la delegación recibida por el Gobierno ni oposición con el Derecho Comunitario.» *(Sentencia de 3 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 8847.)*

X. LIBERTADES

Derecho a la educación. La aprobación por una Comunidad Autónoma de una Orden reguladora de las ayudas a los Centros Docentes Privados, sin el dictamen previo del Consejo Escolar autonómico, constituye una violación al derecho fundamental a la participación en la programación de la enseñanza que consagra el artículo 27.5 de la Constitución.

«La representación procesal de la Junta de Galicia recurre en apelación la Sentencia de fecha 19-1-1991, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estima el recurso contencioso-administrativo seguido por el cauce de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, interpuesto por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, contra Orden de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Junta de Galicia de fecha 18-4-1990, por la que se regula la concesión de Ayudas Económicas a los Centros Docentes Privados, en el Nivel de Preescolar, para el curso 1990-1991, pronunciamiento estimatorio aquél que anula la referida Orden, por vulnerar ésta el derecho fundamental consagrado en el artículo 27.5 de la CE, en el que se establece que los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante un programa general de la enseñanza, "con participación efectiva de todos los sectores afectados" y la creación de centros docentes.

La sentencia de instancia no funda la estimación del recurso en haberse infringido el artículo 130.4 de la LPA en la elaboración de la disposición general impugnada —aunque sí se cita tal precepto, en uno de sus fundamentos jurídicos—, infracción aquélla que, a juicio de la parte apelante, de haberse producido, comportaría una infracción de legalidad ordinaria, no planteable dentro del limitado objeto del proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y libertades públicas, regulado en la Ley 62/1978, de 26 diciembre.

El argumento esencial de la sentencia apelada, que lleva al pronunciamiento estimatorio, se centra en no haber sido sometida la Orden impugnada a la consideración del Consejo Escolar de Galicia, creado por Ley Autonómica, Consejo ya en funcionamiento cuando se promulgó la Orden, en el que se integran representantes propuestos por los Sindicatos más representativos, entre los que se cuenta el Sindicato recurrente en la instancia, lo que para el Tribunal *a quo* comporta vulneración del artículo 27.5 de la CE, por falta de "participación efectiva de todos los sectores afectados" en la programación general de la enseñanza.

A tales efectos conviene recordar que ese artículo 27.5 de la CE asigna a los poderes públicos el protagonismo en la programación general de la enseñanza para hacer efectivo el derecho a la educación, garantizando el derecho de todos a ella, y reconoce a los sectores afectados el derecho a participar efectivamente en dicha programación. Y es la LODE —Ley 8/1985, de 3 julio— la que desarrolla ese derecho constitucional, y, después de fijar en su Título II —arts. 27 a 36— las líneas generales y los criterios básicos que deben presidir la programación general de la enseñanza, crea los Organos en los que se residencia la participación de los sectores afectados, disponiendo el artículo 34 que en cada Comunidad Autónoma existirá un Consejo Escolar, para su ámbito territorial, cuya composición y funciones serán reguladas por una Ley de la Asamblea de la Comunidad Autónoma correspondiente, que a efectos de la programación correspondiente, garantizará en todo caso la adecuada participación de los sectores afectados.

Por lo que respecta a Galicia, ni tan siquiera cuestiona la parte apelante en su recurso, que el Parlamento de Galicia, por Ley de 18-12-1986, reguló el Consejo Escolar, en cuyo artículo 3.º se dispone que el Consejo Escolar de Galicia es el Organo

Superior de Consulta, "de participación de los Sectores afectados en la programación general de la enseñanza" y de asesoramiento de los proyectos de Ley y de los Reglamentos que sean propuestos o dictados por la Junta en el ámbito de la Comunidad Autónoma, estableciendo el artículo 9.º que el Consejo Escolar de Galicia será consultado, preceptivamente, dentro del ámbito de sus competencias, sobre, entre otras, las cuestiones de: ... *b)* Programación general de la enseñanza... *h)* "Criterios generales para la financiación de los Centros públicos y para la concentración de los privados dentro del marco competencial general de la Comunidad Autónoma de Galicia".

Tampoco cuestiona la parte apelante el funcionamiento, en la fecha de promulgación de la Orden, del referido Consejo Escolar.

Siendo ello así, y estando referida la Orden impugnada a la regulación de la concesión de Ayudas Económicas a Centros Privados, en el Nivel de Preescolar, para el curso 1990-1991, y estableciéndose en dicha disposición, con carácter general, las condiciones y requisitos que deben reunir los Centros para poder solicitar y obtener aquellas Ayudas Económicas, es evidente que la Orden impugnada incide en el área competencial del Consejo Escolar de Galicia, y que la falta de consulta a dicho Consejo de la referida Orden —consulta ésta que ni del expediente administrativo aportado se desprende que se hiciera, ni tan siquiera la parte apelante sostiene haberse realizado— supone una vulneración del derecho de participación efectiva de los sectores afectados en la programación general, consagrado en el artículo 27.5 de la CE, participación que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley Autonómica de 18-12-1986, asignó al Consejo Escolar de Galicia.

Frente a dicha conclusión no pueden prevalecer el resto de los argumentos de la parte apelante, referidos a estar referida la Orden a los Centros Privados, sólo en el Nivel de Preescolar, pues también a la Educación Preescolar se refiere la LODE, como es de ver a través de su articulado (arts. 11, 16, etc.).» *(Sentencia de 20 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 6594.)*

XI. Policía

A) *Agente de la Autoridad. Naturaleza de los controladores de Estacionamientos vigilados. Valor de sus denuncias. Sólo tienen carácter de Agentes de la Autoridad los miembros de la Policía Nacional.*

«Una vez establecida la legitimación del Ayuntamiento recurrente para interponer el presente recurso de casación en interés de la Ley y entrando ya en el concreto estudio y enjuiciamiento de dicho recurso, en el mismo se impugna la Sentencia dictada el 27-5-1992 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que anuló una resolución del Ayuntamiento de Gijón que confirmó una multa de diez mil pesetas impuesta por estacionamiento de vehículo en zona sometida a la Ordenanza Reguladora de Aparcamiento, multa impuesta en virtud de denuncia de un empleado de la empresa "Construcciones y Contratas, S. A.", concesionaria de la regulación del referido aparcamiento en las zonas del municipio de Gijón donde se aplica la denominada ORA, anulación de la multa en cuestión que en lo esencial se fundamenta en que "el controlador del Estacionamiento Vigilado no tiene la consideración de agente de la autoridad, y por ello su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular, que al no ser ad-

verada por pruebas posteriores no tiene fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados", doctrina la expuesta que se cuestiona en este recurso de casación en interés de la Ley por el Ayuntamiento en el mismo recurrente, por entender que la misma es errónea y gravemente dañosa para el interés general, sobre todo en el concreto punto de la misma que niega a los controladores del Ayuntamiento de Gijón que tienen como cometido específico el de vigilar y denunciar las infracciones que se cometan en la zona regulada por la ORA, la cualidad de auxiliares de la Policía Municipal, por lo que, en consecuencia, se interesa de esta Sala se fije como doctrina legal que las denuncias de los citados controladores que gozan de la condición de auxiliares de la Policía Municipal, hacen fe salvo prueba en contrario de los hechos denunciados, así como la adveración posterior por otro controlador o por un Agente de la Policía Municipal producen un resultado semejante.

No puede en modo alguno admitirse como jurídicamente correcta la doctrina legal interesada en el presente recurso de casación por el Ayuntamiento de Gijón, por cuanto, sin desconocer que, como se ha declarado por este Tribunal Supremo —así, en SS. 21 septiembre y 25 octubre 1990—, a los Ayuntamientos corresponde la ordenación del tráfico y aparcamiento de vehículos en las vías urbanas para llevar a debido efecto y cumplimiento lo reglamentado municipalmente en cuanto a dicha cuestión, y sancionar, si a ello hubiere lugar, las infracciones de dicha reglamentación cometidas, solamente tienen el carácter de Agentes de la Autoridad los miembros de la Policía Local, de obligada existencia en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, y únicamente se permitirá la existencia de auxiliares de la citada Policía Local donde no exista ésta, según al efecto establece la Disposición Transitoria 4.ª.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local. De lo expuesto se infiere, por consiguiente, que los empleados de la empresa "Construcciones y Contratas, S. A.", a la que el Ayuntamiento de Gijón tiene asignada la regulación del aparcamiento vigilado en determinadas zonas de la denominada ORA, y, en general, los controladores o vigilantes de dichas zonas en otros municipios donde exista implantado dicho régimen de estacionamiento de vehículos, no tienen la consideración de Agentes de la Autoridad, salvo cuando sean miembros de la Policía Local, ni tampoco pueden tener la cualidad de auxiliares de ésta, al sólo poder existir tales auxiliares en Municipios de menos de 5.000 habitantes donde no exista dicha Policía Local. Esta es, además, la doctrina ya establecida por STS 1-10-1991, en la que se sienta de forma clara y explícita la negación de la consideración de Agentes de la Autoridad a los aludidos controladores o vigilantes de la denominada ORA, y por ello, como se añade en la precitada sentencia, "su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular, y al no ser adverada por pruebas posteriores, no tienen fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados", declaración jurisprudencial exactamente recogida en la sentencia ahora impugnada por el Ayuntamiento de Gijón, que, en consecuencia, debe estimarse como jurídicamente correcta, no pudiendo prosperar la pretensión suscitada en este recurso de casación por dicho Ayuntamiento, que parte del error de considerar auxiliares de la Policía Municipal a los empleados de la empresa privada concesionaria de la regulación del aparcamiento vigilado en las vías públicas del municipio de Gijón.» *(Sentencia de 23 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 8883.)*

B) *Clausura de establecimiento. De plano. Por continuas molestias al vecindario y riesgo de incendio. Legalidad de la medida acordada.*

«Se manifiesta que el local clausurado goza hoy de licencia, por lo que el interés de la impugnación radicaría —de ser cierta tal aseveración— sólo en determinar la

adecuación a Derecho de la orden de clausura impugnada, conectada a la pretensión de que declaremos la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los daños y perjuicios que se dice han sido inferidos por la misma. Pero los argumentos que se formulan a tales efectos en la presente apelación son práctica reproducción de los ya rechazados extensa y razonadamente por la sentencia apelada, que esta Sala va a confirmar.

No se insiste por el apelante en la existencia de una licencia concedida por silencio administrativo, habiendo quedado plenamente probado que el "Pub Batikano" carecía de licencia de apertura, como lo demuestra el hecho de que la doble denuncia de mora formulada a tales efectos por el titular del establecimiento sólo fue hecha el 29-3-1990, cuando ya se había producido la orden de clausura que aquí se impugna.

En tales circunstancias la clausura —que ya figura propuesta por la Policía Local actuante en una denuncia de 25-10-1988— resulta plenamente proporcionada a las circunstancias marcadamente irregulares en que se venía ejerciendo una actividad molesta, insalubre y peligrosa. Son patentes las graves molestias causadas al vecindario por la música que se emitía desde el "Pub Batikano" con un volumen desmedido, fuera de las horas permitidas y habiendo resultado el local carente de la adecuada insonorización (con seis denuncias en tal sentido comprobadas por la Policía Municipal). Ha quedado acreditada también la insalubridad del establecimiento, con reiterada suciedad de la vía pública provocada por el consumo en la misma de bebidas que eran expedidas por el referido bar para su consumo en la calle (ocho denuncias en tal sentido) sin que se procediera a la limpieza de la acera tras el cierre del establecimiento. Por último, la actividad se ejercía con las puertas permanentemente abiertas, haciéndose constar en alguna de las denuncias que el titular del establecimiento venía haciendo caso omiso de las quejas y prohibiciones existentes. Las circunstancias expuestas hacen proporcionada la clausura adoptada por el Ayuntamiento. Se aduce con énfasis de contrario que no se procedió a conceder trámite de audiencia antes de acordar la clausura, pero —además de los correctos razonamientos que ofrece al respecto la sentencia de instancia— es de subrayar que el acto que se enjuicia invoca expresamente circunstancias de riesgo por falta de licencia y que en la tramitación del expediente de instalación se detectaron defectos en la apertura de las puertas de evacuación del local y en los extintores de incendios, carencias que —posteriormente— se han corroborado como ciertas en la visita de inspección practicada el 22-3-1990 (folio 62 de las actuaciones de instancia). Lo expuesto justifica la apreciación de peligro de incendio que se desprende del acto impugnado, que habilita a la Autoridad municipal para acordar el precintado inmediato de la instalación prescindiendo del trámite formal de audiencia. Por último, tras reconocerse la existencia de treinta y nueve denuncias por las molestias e insalubridad existentes —documentadas en el expediente—, no puede el titular de la actividad negar eficazmente la evidencia de que conocía perfectamente la situación existente o invocar sorpresa por el cierre, por lo que son de rechazar la existencia de indefensión y —desde luego— que la Administración municipal haya incurrido en responsabilidad patrimonial al decretar una clausura que ha sido plenamente conforme a Derecho.» *(Sentencia de 14 de octubre de 1993, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 8030.)*

XII. SANCIONES

A) *Principio de legalidad. Debe figurar en la Ley la definición de los ilícitos y de las sanciones y el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas. Se anula la sanción impuesta al calificarse como grave en una norma reglamentaria.*

«Se alega, por último, la infracción del artículo 25.1 de la Constitución con relación a la sanción de multa de diez millones de pesetas, por falta de cobertura legal del texto reglamentario en que se funda su imposición.

Según doctrina jurisprudencial consolidada, el artículo 25.1 de la Constitución incorpora, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege,* al repertorio de los derechos públicos subjetivos, de cuya regla se sigue la necesidad no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas, que puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella (SSTC 42/1987 [RTC 1987, 42], 207/1990 [RTC 1990, 207] y 41/1991 [RTC 1991, 41]; y SSTS de 4 y 29 febrero y 28 octubre 1992).

En la indicada línea jurisprudencial, el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que "sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley" y que "las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves", añadiendo que "únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley".

En el presente caso, se impone la sanción de multa de diez millones de pesetas, por infracción grave del artículo 7.°, apartado 1.*a)*, en relación al núm. 7 del anexo III.A del Real Decreto 1095/1989, de 8 septiembre, que desarrolla la Ley 4/1989, de 27 marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, por utilización no autorizada de cebos y sustancias venenosas.

El artículo 7.°.1.*a)* del Real Decreto 1095/1989 establece que, de conformidad con lo previsto en el título VI de la Ley 4/1989, se considerarán infracciones graves la utilización no autorizada de los métodos descritos en los núms... 7... del Anexo III.A..., en cuyo Anexo y número se relacionan, entre los procedimientos prohibidos para la captura de animales incluidos en las especies cinegéticas "todo tipo de cebos, gases o sustancias venenosas...".

La sentencia apelada declara que el indicado texto reglamentario no carece de cobertura legal, ni por consiguiente vulnera el artículo 25.1 de la Constitución, entendiendo que, en cuanto a la infracción principal de que se trata, ha sido dictado en desarrollo del artículo 34.*a)* de la Ley 4/1989, que dispone que "salvo en las circunstancias y condiciones del artículo 28.2... quedan prohibidas la tenencia, utilización... de todos los procedimientos... para la captura o muerte de animales, en particular venenos o trampas...".

Sin embargo, ello no es bastante para entender cumplidas las exigencias del principio constitucional de legalidad, pues aunque se entendiera respetada la reserva legal en la definición del ilícito, a pesar de que no figura en el repertorio de infracciones que se describen en el artículo 38 de la citada Ley, a no ser que se considere incluida en el apartado decimotercero que tipifica como infracción el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o *prohibiciones* establecidas en la propia Ley, se trataría de una infracción no clasificada por la Ley en leve, menos grave, grave o muy grave, según resulta del artículo 39 de la misma que, si bien señala las multas con que serán sancionadas las infracciones según su gravedad —por lo que

aquí interesa, de 1.000.001 a 10.000.000 de pesetas, las infracciones graves—, se limita a calificar como muy graves a tres de las infracciones definidas en el artículo anterior, estableciendo en cuanto a las demás los criterios para su calificación, de donde resulta que la calificación como grave de la infracción consistente en la utilización no autorizada de cebos y sustancias venenosas, y el consiguiente señalamiento de la multa a imponer, no se han hecho por la Ley, sino por el Reglamento, en clara vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, con arreglo al cual, como se ha dicho, no sólo debe figurar en la Ley la definición de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas.

Por consiguiente, ha de concluirse que la sanción de multa impuesta al hoy apelante no tiene la cobertura legal exigida por el artículo 25.1 de la Constitución, pues como se ha indicado dicha sanción se determina por el artículo 7.°.1.*a)*, en relación al núm. 7 del Anexo III.A del Real Decreto 1095/1989, de 8 septiembre, norma ésta que al no tener cobertura legal habilitante para tipificar la sanción correspondiente a la infracción y ser postconstitucional, deviene en nula e inoperante a efectos sancionadores por no guardar las prescripciones exigidas por el artículo 25.1 de la Constitución.» *(Sentencia de 9 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8951.)*

B) *Procedimiento sancionador. Inspección realizada por la CNMV. Naturaleza. No se puede confundir con las diligencias previas. Derecho a la defensa y actividad inspectora.*

«Prescindiendo del motivo de introducción, que no es sino de referencia a actuaciones anteriores, el primero a analizar se refiere a la "vulneración del derecho constitucional a la defensa", que a su vez y tras un "planteamiento" va desgranando en sucesivos capítulos, alusivos a "infracción de la garantía de conocimiento de la acusación", "infracción de la garantía de contradicción en la práctica de la prueba", con ulterior diferenciación, dentro de cada uno de ellos, en temas más concretos referidos ya a las actuaciones que estima viciadas.

En concreto, como hechos constitutivos de la infracción del conocimiento de la acusación se exponen —II.2.*b)* y *c)*— "la infracción por no advertir que se estaban tramitando diligencias preparatorias", y la "infracción por no determinarse en el pliego de cargos las supuestas infracciones que podrían ser constitutivas de falta".

Bajo la primera de las dos rúbricas que se acaban de indicar se censura el fundamento de derecho sexto de la sentencia, que desestimó homónimo motivo de impugnación de la resolución administrativa.

En este fundamento se justifica el rechazo de la alegación aludiendo a las potestades de supervisión e inspección atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) en el Título VIII de la Ley 24/1988, calificando como de tal índole las actuaciones realizadas, así como las facultades de información reservada previstas en el artículo 134.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA en adelante), como medio para resolver si procede o no incoar expediente sancionador, siendo en éste en donde deben operar las garantías pertinentes para evitar la indefensión.

En su censura apelatoria la recurrente omite toda alusión a las potestades de inspección indicadas en el fundamento de la sentencia, y centra su crítica en el significado de actuación meramente interna atribuido en la sentencia, sosteniendo, por el contrario, que desde el momento en que se hicieron requerimientos al supuesto responsable se trascendía el ámbito interno, y que en la medida en que esos requerimientos podían ser determinantes de la imputación de una falta sancionable "el derecho a la defensa exige que se comunique el carácter con que se formulan aquellos requerimientos, a fin de que el supuesto responsable pueda adoptar las debidas garantías para su defensa ante la inspección".

La crítica no es compartible, pues pese a la aparente habilidad dialéctica de negar el significado de actuación interna a la que consiste en requerimientos a quien luego fue sujeto pasivo del expediente sancionador, no es en definitiva el carácter interno lo fundamental, sino su significado de meras medidas de supervisión e inspección (Tít. VIII, Ley 24/1988), en las que la referencia de la medida al sujeto supervisado o inspeccionado no sólo va ínsita en la misma, sin hacerle perder su carácter, sino que además se configura así en el artículo 85 de la citada Ley.

Incluso nada impide que la misma información reservada, prevista en el artículo 134.2 LPA, sin dejar de serlo, pueda no ser meramente interna, en el sentido que discute la recurrente, y pueda incluir actos de comunicación entre la autoridad administrativa y la persona que en un momento ulterior puede ser sujeto pasivo de un expediente sancionador.

Es exagerado y carente de fundamentación razonable exigir que la comunicación con la persona inspeccionada deba ir precedida de una advertencia sobre la eventualidad de que le pueda ser imputada una infracción, pues en el momento de la inspección la autoridad administrativa que la lleva a cabo carece aún de base para hacer imputación alguna, y es sólo una vez concluida la inspección, cuando tal imputación puede hacerse.

En todo caso, desde una perspectiva sustancial de defensa, cual la que corresponde al derecho fundamental, no es convincente que en el marco de una relación como la de autos, y dado el conocimiento de los propios deberes y de las consecuencias de su vulneración, que es presumible en el sujeto de la misma, la advertencia que se echa en falta pueda realmente ser un elemento que alerte al inspeccionado de la eventualidad de que por el resultado de la inspección pueda sufrir la imputación de una infracción, y que a falta de la advertencia se pierdan posibilidades de defensa, pues puede darse por sentado que el riesgo de ser sometido a expediente sancionador si la inspección evidencia una infracción, es perfectamente conocido por inspeccionado sin necesidad de advertencia alguna.

Por lo demás, se estima que existe un indudable abuso intelectual cuando se dice que "se estaban tramitando diligencias preparatorias", que es la base conceptual desde la que se construye la tesis de la recurrente. Esa calificación supone distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado, de modo gratuito, que el significado de éstas viene desde el inicio preordenado a un expediente sancionador, cuando en realidad esa derivación es algo sobrevenido, por lo que no se puede negar el significado conceptualmente autónomo de las medidas de inspección.

Conserva, por tanto, todo su vigor argumental el fundamento de la sentencia impugnada la alegación que analizamos, que debemos por tanto rechazar.» *(Sentencia de 17 de noviembre de 1993. Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 8367.)*

C) *Prescripción. La acción dirigida por la Administración frente a una persona no responsable interrumpe el período de prescripción.*

«El primer motivo se centra en la infracción que se estima cometida al interpretar la Sala de instancia el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958, que le sirve de base para considerar que el expediente sancionador se incoó antes de haber transcurrido el plazo de dos meses de la comisión de la infracción aunque inicialmente se siguiese frente a una persona que, ulteriormente, se acreditó no ser titular de la discoteca.

La cuestión que, por tanto, la sentencia resuelve es la no concurrencia de la prescripción de la infracción a pesar de que, durante la tramitación del expediente, se acreditó que la persona contra la que inicialmente se dirigió el procedimiento no era el responsable de aquélla, momento en el que se dirige la acción contra el titular del establecimiento.

La parte recurrente sostiene, sin embargo, que, al haberse incoado contra este último el procedimiento una vez transcurrido el plazo de dos meses, ha de estimarse prescrita la acción de la Administración para perseguir la infracción que se le imputó y por la que fue sancionado, según lo dispuesto concordadamente por los artículos 134 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 113 del Código Penal.

No estamos tanto ante la correcta o incorrecta interpretación por la Sala de instancia del citado artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo cuanto ante la cuestión de si la incoación de un procedimiento sancionador contra un presunto responsable de la infracción interrumpe el plazo de prescripción de ésta a pesar de que, al acreditarse durante la tramitación o instrucción que es otra la persona responsable de la infracción, se dirija desde tal momento el procedimiento contra ésta.

La Sala estimó que se interrumpe el plazo porque, al accionar la Administración frente a otra persona, se limita a rectificar un error material, mientras que la representación procesal del sancionado considera que el procedimiento, conforme al artículo 134 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no se incoa frente a éste hasta tanto se dirige contra él la sanción por la Administración, de manera que, al haberse hecho cuando habían transcurrido dos meses desde la comisión de la infracción, ésta había prescrito.

Hemos de aceptar que la razón que justifica la actuación administrativa no está en la posibilidad de que la Administración pueda en cualquier momento rectificar los errores materiales o de hecho, a que se refiere la Sala con base en el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino en la finalidad del procedimiento sancionador y en el significado de la prescripción. Esta supone el abandono de la acción para perseguir la infracción durante los términos establecidos por la Ley en cada caso y aquél tiene como objetivo, según dispone el artículo 136.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958, esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades susceptibles de sanción, para, a la vista de las actuaciones practicadas, formular el pliego de cargos, en el que se expondrán los hechos imputados (art. 136.2 de la propia Ley de Procedimiento Administrativo).

Así, incoado el procedimiento sancionador antes de transcurrir el plazo de prescripción de la infracción y tramitado sin solución de continuidad hasta pronunciar la resolución sancionadora, no cabe apreciar abandono de la acción por parte de la Administración, y, en consecuencia, no concurre aquélla porque se notificase el pliego de cargos al responsable una vez transcurrido el plazo de prescripción computado desde el momento de comisión de la infracción ya que, como acabamos de expresar, una de las finalidades del procedimiento sancionador es, precisamente, esclarecer los hechos para determinar las responsabilidades susceptibles de sanción.

En el caso que nos ocupa, como declara la sentencia y admite el propio recurrente, el procedimiento se incoa antes de transcurrir el plazo de dos meses de la comisión de la infracción y, sin haberse paralizado por tiempo superior a dicho término, se formula el pliego de cargos, que se notifica al interesado, siguiendo por sus trámites el procedimiento hasta pronunciarse la resolución sancionadora, de lo que se deduce que, al decidir que no procedía apreciar la prescripción, el Tribunal *a quo* no infringió las normas del ordenamiento jurídico ni la jurisprudencia que se citan en el escrito de interposición del recurso y, en consecuencia, hemos de desestimar tal motivo de casación.» *(Sentencia de 8 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8606.)*

XIII. URBANISMO

A) *Calificación del suelo. La Administración debe hacer explícitos los límites a su discrecionalidad, justificando los criterios según los cuales determinadas calificaciones urbanísticas se ajustan o se apartan de la estrategia general del Plan.*

«Así las cosas, será de señalar que la "estrategia" general del plan tendente a conservar en su destino actual los equipamientos privados, es decir, en lo que ahora importa, los teatros, no vulnera en modo alguno las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

También resulta razonable que dentro de esa "estrategia" pueda no ser necesaria o adecuada la conservación de todos los teatros, pero la distribución de éstos en los dos grupos —los que se conservan y los que no— ha de producirse en virtud de algún criterio para evitar que sea simple fruto de la arbitrariedad.

Y, desde luego, ese criterio, que ha de determinar por consecuencia la calificación urbanística de cada teatro —recuérdese la autolimitación de la discrecionalidad por razones de coherencia—, ha de quedar claramente expresado o por lo menos ha de resultar implícito y susceptible de ser concretado para asegurar desde el punto de vista del interés público que con aquella calificación se están sirviendo sus exigencias y desde el punto de vista del ciudadano que la calificación no es hija de la pura arbitrariedad para, en caso contrario, poder impugnarla con el adecuado fundamento.

Y no habiéndose expresado en el caso que ahora se examina el criterio limitativo de la discrecionalidad que acaba de indicarse, la Sala entiende rigurosamente insuficiente la motivación de la calificación impugnada, lo que, careciéndose de los datos necesarios para decidir sobre el fondo del asunto —no se sabe por qué el litigioso se incluye en el grupo de los teatros a mantener a diferencia de otros—, determina un pronunciamiento parcialmente estimatorio de la apelación, para, con anulación del acto recurrido en el extremo aquí impugnado, declarar la procedencia de que, con la adecuada motivación, se dicte la resolución procedente en Derecho.» *(Sentencia de 21 de septiembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6623.)*

B) *Ejecución. Obras de urbanización. Recepción tácita por el Ayuntamiento. Criterios para su apreciación.*

«Interesa señalar como antecedentes que la entidad recurrente de la primera instancia, la antes indicada "Asociación Mixta de Compensación de la Manzana A, Zona Comercial del Paseo de la Castellana de Madrid, AZCA", se constituyó a los fines de colaborar en la redacción del Plan de Ordenación, Proyectos de Urbanización, de Reparcelación y de obras y realizar las obras de urbanización de la referida Manzana. Las presentes actuaciones se refieren a las obras consistentes en la instalación del sistema de ventilación de los viales subterráneos existentes en la zona en cuestión; más concretamente, el proceso, como ya se ha indicado, se ha planteado para determinar a quién corresponde abonar ciertos gastos del fluido eléctrico necesario para el funcionamiento del aludido sistema de ventilación.

En relación con el expresado abono la Asociación recurrente afirma, básicamente, que es al Ayuntamiento al que corresponde realizar el expresado pago "por tratarse de servicios públicos recibidos tácitamente por el Ayuntamiento y accesorios e inseparables en su funcionamiento de los restantes de las vías públicas del Centro comercial, cuyos consumos sí paga el Ayuntamiento". Este, por su parte, sostiene que conforme a lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento de Gestión Urbanísti-

ca, debe ser la Administración actuante la encargada de la conservación y mantenimiento de las obras y las instalaciones pero una vez entregadas aquéllas, lo que no ha tenido lugar en el supuesto en cuestión con relación a la instalación del material de la ventilación forzada.

Respecto de la cesión de las obras de urbanización de que se trata, interesa indicar que el sistema de ventilación forzada de la red viaria subterránea de AZCA fue recibido provisionalmente en enero 1990 y en forma definitiva en marzo 1991. Ya se ha dicho que los actos administrativos son de 1986, esto es, muy anteriores a las indicadas recepción provisional y definitiva. A lo que se acaba de exponer interesa añadir que en abril de 1979 tuvo lugar la recepción provisional de todos los servicios urbanos municipales que constituyen las vías públicas de los niveles subterráneos primero y segundo, incluso accesos, y de los servicios complementarios, excepto la ventilación. Preciso es resaltar que en la propuesta que se tuvo en cuenta para la referida recepción provisional expresamente se hizo constar que "estando indisolublemente unido en el concepto de vía pública subterránea la ventilación como una parte inseparable de la misma para su uso, se establece claramente que, hasta que dicha ventilación no esté terminada, probada y recibida, la recepción provisional que aquí se propone es en precario y por AZCA deberán garantizarse y mantenerse las condiciones precisas para su normal posibilidad de funcionamiento".

En relación con la antes aludida terminación del sistema de ventilación hay que señalar que en las actuaciones consta un acuerdo de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid (COPLACO), de fecha 8-10-1980, del que resulta que la terminación antes referida dependía de la construcción de chimeneas de expulsión del aire viciado y del ajuste final del sistema en cuestión que pudiera ser preciso. En dicho acuerdo se resolvió, entre otros extremos, imponer "la terminación, a cargo de los adjudicatarios de los solares correspondientes, del sistema de ventilación mediante la construcción de las chimeneas de expulsión de aire viciado y el ajuste final de dicho sistema que pudiera ser preciso". En otro acuerdo posterior de la indicada COPLACO, de octubre 1982, se hace referencia a un informe en el que se dice que "en el orden jurídico es de señalar que la construcción de las chimeneas del Sistema de Ventilación de la Red Viaria, corresponde a los titulares de los edificios donde las mismas se ubican". Por último, hay que indicar asimismo que en el mencionado Acuerdo de la COPLACO de octubre 1980, se alude a un estudio hecho por el Ayuntamiento de Madrid sobre el grado de eficacia del repetido sistema de ventilación que fue sometido al conocimiento de la Ponencia Técnica de AZCA "poniéndose de manifiesto que el sistema de ventilación está en correspondencia con su proyecto y sirve adecuadamente en la situación actual previéndose su funcionamiento correcto cuando se construyan las chimeneas de expulsión de aire viciado previstas en el Proyecto, aún no realizadas por no existir los edificios que han de alojarlos, recurriendo en su caso a los ajustes normales de regulación que el proyecto admite".

De lo que se ha indicado en los fundamentos precedentes resulta que el funcionamiento de la red subterránea de la Manzana AZCA no podía tener lugar sin el sistema de ventilación e instalaciones complementarias que posibilitan dicho funcionamiento. También aparece de lo que se ha indicado en los expresados fundamentos que la Asociación recurrente llevó a cabo la instalación del sistema de ventilación al que se viene aludiendo y que la terminación de aquél dependía de terceros y no de dicha Asociación, la cual se comprometió a garantizar la efectividad de dicho sistema hasta tanto se ultimara el mismo. Igualmente hay que resaltar que la citada entidad recurrente afirmó en la demanda, sin que lo que se va a indicar haya sido cuestionado por el Ayuntamiento, que es público y notorio que la urbanización del Centro Comercial AZCA viene siendo de uso público general e intenso desde hace años, específicamente la red viaria subterránea, uso público general que se remonta al menos a 1977. Por último, hay que significar que en 1987 el Ayuntamiento de Madrid recurrió una resolución administrativa que autorizaba el corte por falta de pago del suministro de energía eléctrica de la red de ventilación en

cuestión, y en las alegaciones correspondientes, tras no poner en duda la legítima pretensión del cobro en cuestión, se dijo que era una cuestión económica a dilucidar entre las partes por los cauces oportunos "y como tal, consideramos que en ningún caso, puede prevalecer sobre un servicio público esencial".

La sentencia apelada pone de relieve que en el supuesto enjuiciado puede entenderse que se está ante una recepción tácita del sistema de ventilación de que se trata, sistema que viene utilizándose desde 1977. Habida cuenta de los antecedentes que han quedado señalados en los fundamentos anteriores, este Tribunal comparte el criterio referido de la Sala de instancia pues sí es un dato decisivo para que pueda afirmarse que se está ante una recepción tácita, la circunstancia de que la Administración de que se trate destine la obra al cumplimiento de sus fines, en el supuesto enjuiciado resulta que con mucha anterioridad a la recepción formal del sistema de ventilación litigioso, éste venía siendo utilizado como complemento indispensable de las vías subterráneas de la zona en cuestión, vías que el Ayuntamiento venía destinando al uso público general.» *(Sentencia de 22 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8515.)*

XIV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Competencia. Cuestión de competencia negativa. Competencia territorial. Examen de si el acto impugnado incide en materia de personal. Lesiones sufridas por soldado durante la prestación del servicio militar.*

«La cuestión se centra entonces en decidir si la materia que es objeto del recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Santiago C. J. debe calificarse o no como "materia de personal". Si es así, como mantiene la Sala del orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es aplicable la regla 2.ª del artículo 11 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el apartado *b)* del artículo 10.1, y pudiendo el recurrente elegir entre el fuero de su domicilio (que se encuentra en la localidad de Sediles, provincia de Zaragoza) y el del lugar en que se hubiere realizado el acto originariamente impugnado, resultaría competente la Sala de Aragón, ante la que don Santiago C. J. interpuso su recurso, ejercitando de este modo la elección que le autoriza la ley. Pero si la materia debatida en el proceso no puede calificarse como "materia de personal", ha de observarse la regla 1.ª del artículo 11, y en este caso el único órgano jurisdiccional competente es la Sala del Tribunal Superior en cuya circunscripción se hubiera realizado el acto originariamente impugnado, y como dicho acto procede de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, habiendo sido confirmado por dicho Ministerio, ello lleva a la conclusión de que la competencia correspondería a la Sala de Madrid.

Examinadas las actuaciones hay motivos para afirmar que el objeto de la presente "litis" no es una cuestión que pueda calificarse como "materia de personal". En efecto, son cuestiones de personal todas las que afectan a las relaciones estatutarias entre las Administraciones Públicas, en el presente supuesto la Administración General del Estado, y quienes prestan sus servicios para ellas en virtud de una relación de aquella clase. Es decir, la "materia de personal" comprende los litigios entre la Administración y los funcionarios públicos o las personas ligadas con ella en virtud de una relación estatutaria, propia del Derecho administrativo. Las personas que prestan el servicio militar obligatorio conforme a lo prevenido en el artículo 30 de la Constitución no son funcionarios públicos, ni están ligados con la Administración General del Estado por una relación de naturaleza estatutaria. La Ley Orgánica 13/1991, de 20 diciembre, del Servicio Militar, establece en su artículo 2.1 que "el

servicio militar en las Fuerzas Armadas contituye una prestación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional". En los mismos términos se pronunciaba el artículo 1.2 de la Ley 19/1984, de 8 junio, reguladora del servicio militar en la fecha en que se produjo el hecho que ha originado el presente recurso contencioso-administrativo. Siendo, pues, el servicio militar una prestación personal de los españoles, derivada del artículo 30 de la Constitución, el soldado que lo presta, sin perjuicio de la dignidad inherente a la condición de militar (art. 3 de la Ley Orgánica 13/1991), no tiene la cualidad de funcionario público ni se encuentra ligado con la Administración General del Estado por una relación estatutaria. El Tribunal Constitucional ha declarado que la prestación social sustitutoria del servicio militar no es análoga a la relación del funcionario con la Administración Civil, ya que ésta es de carácter voluntario y aquélla un deber (véase STC 160/1987, de 27 octubre [RTC 1987, 160]), y la misma solución ha de mantenerse, por idéntico motivo, respecto a la situación de cumplimiento del servicio militar obligatorio. En consecuencia, la cuestión de si las lesiones sufridas por el soldado de reemplazo don Santiago C. J., mientras estaba prestando el servicio militar, deben o no dar lugar a la concesión de la pensión extraordinaria que regula el artículo 31 de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, no es un problema relativo a "materia de personal", ya que no deriva de una relación de carácter estatutario con la Administración General del Estado, por lo que no es de aplicación para resolver la cuestión de competencia negativa planteada la regla 2.ª del artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción, que circunscribe su ámbito de actuación a las "materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa", por remisión de la regla citada al apartado *b)* del artículo 10. Al no integrarse la materia del recurso contencioso-administrativo que se examina en el concepto de las denominadas "materias de personal", la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia debe regirse por la regla 1.ª del artículo 11 de la mencionada Ley Jurisdiccional, correspondiendo a la Sala en cuya circunscripción se hubiese realizado el acto originariamente impugnado (el acuerdo de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa de 21-11-1989, confirmado después por resoluciones del Excmo. señor Ministro de 7 marzo y 20 julio 1990), que es la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En definitiva, la cuestión negativa de competencia suscitada debe decidirse declarando que en el supuesto enjuiciado la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a la que deberán devolverse las actuaciones para que las prosiga hasta su terminación.» *(Sentencia de 23 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8256.)*

B) *Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Criterios para acordar el planteamiento de la cuestión.*

«La entidad demandante estima que el Real Decreto impugnado se opone a los artículos 37, 90.2, 85 y 86 del Tratado de la CEE en relación con los artículos 37 y 48 del Tratado de Adhesión, citado, en cuanto no responde a los criterios de libre competencia en el mercado transformando un monopolio en una situación "cuasi monopolística" y de abuso dominante para mantener el concepto jurídico de concesión administrativa e impedir la libertad de comercialización a sus antiguos concesionarios en beneficio del *trust* de las empresas refinadoras CAMPSA estableciendo una "red de venta al por menor de estaciones de servicio, limitada en función de las distancias y sometida ella misma a un régimen de no libertad" y solicita que se plantee cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas invocando el artículo 177 del Tratado de Roma para que se pronuncie sobre si la solución legislativa nacional en relación con el Monopolio de Petróleos de Transformación de CAMPSA y el mantenimiento dependiente de ella de la totalidad

de las Estaciones de Servicio existente hasta el Reglamento impugnado se ajusta a los artículos citados del expresado Tratado.

El planteamiento de la cuestión prejudicial, con arreglo al artículo 177 del Tratado de Roma, puede ciertamente ser solicitada por las partes del litigio aunque su efectivo planteamiento incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional en el momento de dictar su resolución y no constituye ciertamente una vía de recurso abierta a las partes, según tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia CILFIT de 6-10-1982. Este principio vale incluso para aquellas decisiones que —como la presente— no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, en los casos previstos por el citado precepto cuando se presente una cuestión de interpretación del Tratado o de actos o estatutos comunitarios con el fin de evitar interpretaciones contrarias a la coherencia y eficacia de los fines del Derecho Comunitario.

La obligatoriedad de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas queda determinada, por tanto, por la existencia de una cuestión "interpretativa cuya solución resulta imprescindible para el enjuiciamiento del fondo del recurso entablado". La misma Sentencia CILFIT ha interpretado la norma del artículo 177.3 del Tratado y declarado al respecto que esa obligatoriedad del reenvío está condicionada a que la jurisdicción nacional "haya constatado que la cuestión planteada sea pertinente o que la disposición comunitaria en litigio haya sido objeto de una interpretación por parte del Tribunal o que la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable; la existencia de tal eventualidad debe ser valorada en función de las características propias del Derecho Comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad".

Es necesario, pues, que la cuestión interpretativa del Derecho Comunitario sea "pertinente" por ser decisiva para la solución del litigio, excluyéndose en los casos en que no llegue a entrarse en el fondo del litigio por estimación de causa de inadmisibilidad según el Derecho interno, o cuando el asunto puede resolverse sin interpretación de la norma comunitaria, o en los supuestos de "actos claros", o sea, cuando la interpretación del Derecho Comunitario no plantee duda razonable, en los términos de la Sentencia del Tribunal de Justicia citada. La necesariedad del planteamiento, prevista en el párrafo segundo del mismo artículo 177, ha de entenderse, por tanto, aplicable, en los supuestos expresados, al caso de resoluciones judiciales definitivas por demandarlo así la lógica del precepto según ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Aplicando esos principios al presente litigio, la improcedencia de plantear la cuestión prejudicial propuesta —con independencia de su incorrecta formulación como pretensión procesal de pronunciamiento expreso en el fallo— resulta de la claridad de los preceptos cuya interpretación se pide y de su innecesariedad para resolver sobre la anulación de la disposición impugnada, ya que no ofrecen duda razonable al respecto. Del tenor de esos preceptos resulta inequívocamente el carácter gradual de la adecuación de los monopolios nacionales a la normativa comunitaria, y así se dice explícitamente en el artículo 48 del Tratado de Adhesión, que se refiere a la adecuación «progresiva» por España desde el 1-1-1986 de "los monopolios nacionales de carácter comercial definidos en el apartado 1 del artículo 37 del Tratado CEE teniendo en cuenta, en su caso, el apartado 2 del artículo 90 del mismo Tratado de tal modo que, a más tardar, el 31-12-1991 quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto a las condiciones de abastecimiento y de mercado", y estableciendo que "la Comisión formulará recomendaciones sobre las modalidades y el ritmo según los cuales deberá realizarse la adaptación".

El Real Decreto impugnado se inscribe en esa adecuación progresiva a la ordenación comunitaria de la situación de los monopolios bajo la supervisión de la Comisión y su carácter provisional excluye cualquier consulta al Tribunal sobre el

modo en que el Estado la está realizando, debiendo, además, resaltarse que el Tribunal de Justicia ha declarado (Sentencias CICCO, de 19-12-1968; SAIN, de 21-3-1972; CASAGRANDE, de 3-7-1974; ENKA B.V., de 23-11-1977, y MINISTERE PUBLIC c/ R. LEFEVRE, de 2-7-1987) su incompetencia para pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad de las disposiciones de derecho nacional —legal o reglamentario— con el Derecho Comunitario.» *(Sentencia de 14 de octubre de 1993, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 8105.)*

C) *Recurso de casación.*

1. *En interés de la ley. Legitimación. Se extiende tanto a las Corporaciones sectoriales de base privada como a las Administraciones públicas territoriales. Las Comunidades Autónomas tienen vedado este recurso cuando la Sentencia dictada respecto a actos o disposiciones de aquéllas se funde básicamente en normas emanadas de sus propios órganos. Hay voto particular.*

«Antes de resolver en relación con el motivo sustantivo o de fondo suscitado en el presente recurso de casación en interés de la Ley, debe señalarse que la finalidad del mismo es la impugnación de sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que, no siendo susceptibles de recurso de casación, se estime por los legitimados para interponerlo que la solución a la que se llega en las precitadas sentencias es gravemente dañosa para el interés general y errónea, por lo que en el supuesto de que así se entienda por esta Sala del Tribunal Supremo, y respetando, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, se fijará la doctrina legalmente correcta. En orden a la legitimación para interponer el precitado recurso, es preciso también determinar el alcance de la misma, y en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, al referirse a este orden jurisdiccional puntualiza en su párrafo último que "el recurso de casación en interés de la Ley introduce la importante novedad de abrir su utilización a entidades que ostenten la representación de intereses generales afectados por la resolución que se impugna, únicos interesados en una depuración de doctrina, carente, sin embargo, de relevancia práctica para el caso que se enjuicia".

De estas significativas palabras, que evocan la regulación anterior del recurso extraordinario de apelación al resaltar la novedad que supone la ampliación de la legitimación activa en el recurso de casación en interés de la Ley creado en sustitución de aquél, y del propio texto del nuevo artículo 102.*b)* de la Ley de esta Jurisdicción, que recuerda en sus líneas esenciales la redacción del antiguo artículo 101, se puede inferir, a los efectos que ahora interesan, que el recurso de casación en interés de la Ley, en este orden jurisdiccional, lo mismo que el viejo de apelación extraordinaria y a diferencia, en cambio, de su homónimo en el orden jurisdiccional civil, aunque persigue también como único objetivo formar jurisprudencia, en realidad no es un recurso en interés de la Ley puro, sino un medio de impugnación excepcional concebido en defensa del ordenamiento jurídico, por tanto, de la ley tanto en sentido formal como en sentido material, acorde con el papel que las normas reglamentarias juegan en la regulación de las relaciones administrativas y que, además, presenta otra importante peculiaridad, que da sentido a un diferente planteamiento de la legitimación activa, su vocación de defensa del interés general que, por definición, sólo puede ser representado por la Administración actuante implicada en su gestión, no frente a cualquier ataque, sino cuando aquél pueda resultar gravemente comprometido por una resolución judicial errónea que trascienda al caso definitivamente decidido.

Precisado esto, es necesario tener en cuenta que el antiguo recurso de apelación en interés de la Ley sólo estaba abierto a la Abogacía del Estado, "aunque no hubiera *intervenido en el procedimiento*", decía el *antiguo artículo* 101, es decir, aunque la Administración demandada en el proceso en que había recaído la resolución que se trataba de impugnar no fuera la Administración del Estado y por ende el interés general supuestamente comprometido fuera ajeno a ésta, quizás porque entonces la Abogacía del Estado tenía encomendada, además de su función genuina —la representación y defensa de la Administración General del Estado—, la de todas las Entidades, Corporaciones e Instituciones que, a efectos procesales, estaban —y están— englobadas en la denominación común de Administración pública, salvo que las mismas hubieran designado Letrado que las representara —arts. 34 y 35 de la Ley de esta Jurisdicción—, aunque no es difícil colegir que el monopolio de la legitimación para acudir a este recurso excepcional en manos de la Abogacía del Estado, encuadrada orgánica y funcionalmente dentro de la Administración del Estado, era consecuencia de la subordinación a ésta, en un sistema político fuertemente centralizado, de todos los entes públicos menores.

Pues bien, la reforma procesal de 1992 rompe con este monopolio, en el que legitimación y postulación no aparecían nítidamente diferenciadas, al abrir el recurso de casación en interés de la Ley no sólo al Abogado del Estado, ya sin apostilla alguna, a quien únicamente corresponde la representación y defensa del Estado —art. 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino también a "las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto" —art. 102.*b*).1 de la Ley de esta Jurisdicción—, norma jurídica que, a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, de 30 abril, permite entender que la legitimación para interponer este recurso se extiende tanto a las Corporaciones sectoriales de base privada (Colegios profesionales, Cámaras, etc.), siempre que estén en juego potestades administrativas que les han sido atribuidas directamente por el ordenamiento o delegadas por la Administración tutelante, como a las Administraciones públicas territoriales, diferenciadas de la Administración del Estado, cuando ostenten la representación de los intereses generales afectados por la resolución que se impugna, pues en tales casos sólo estas Entidades o Corporaciones tienen "interés legítimo" en el asunto, como exige el artículo 102.*b*).1. Sería absurdo que un colegio profesional esté legitimado para interponer un recurso de casación en interés de la Ley, en los términos que antes se han precisado, y que se negara la legitimación a una Entidad local o, lo que vendría a ser lo mismo, que ésta viniera obligada a instar su interposición a la Abogacía del Estado, cuando por previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial está descartado que pueda ostentar la representación y defensa de los entes locales. Esta interpretación no sería precisamente la más favorable al derecho a obtener la tutela judicial efectiva —art. 24.1 de la Constitución—; en cambio, la que se propugna satisface este derecho fundamental y no violenta el enunciado del artículo 102.*b*).1 de la Ley de esta Jurisdicción, ya que la expresión legal "Entidades (o Corporaciones) que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general (o corporativo)" es lo suficientemente amplia para reconocer, en este caso, legitimación a un Ayuntamiento, cuando lo que está en litigio es la doctrina correcta sobre la aplicación de una Ordenanza municipal que aquél tacha de errónea y gravemente dañosa para los intereses generales, los de la colectividad local, que está llamado a gestionar.

Sólo las Comunidades Autónomas tienen vedado el acceso al recurso de casación en interés de la Ley por previsión expresa del artículo 102.*b*).2 de la Ley Jurisdiccional, pero no de modo absoluto, sino sólo cuando la sentencia dictada respecto a actos o disposiciones de aquéllas se funde básicamente en normas emanadas de sus propios órganos, por coherencia con lo prevenido para el recurso de casación en el artículo 93.4, que excluye del acceso a este Tribunal, los casos de aplicación o interpretación de Derecho autonómico. No debe olvidarse, sin embargo, que al margen de lo que acabamos de señalar, a las Comunidades Autónomas ya se les había am-

pliado la legitimación del antiguo artículo 101.1 de la mencionada Ley Jurisdiccional —así, en Sentencias de 13 mayo y 26 septiembre 1991 y 26-3-1992—, con fundamento en que aquéllas se hallan investidas de poder legislativo.» *(Sentencia de 23 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Pleno, Ar. 9126.)*

2. *Irrecurribilidad de sentencias que se refieren a cuestiones de personal al servicio de la Administración, salvo que estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicios de quien ya fuera funcionario. No cabe incluir los supuestos de acceso a la condición de funcionario.*

«La sentencia de instancia versa sobre un acto relativo a un concurso público para la provisión de una plaza de Catedrático de Universidad, materia que es cuestión de personal no susceptible de recurso de casación, al no estar comprendida en la excepción contemplada en el artículo 93.2.*a)* de la Ley Jurisdiccional, según la redacción que le dio la Ley 10/1992, de 30 abril, pues en dicho precepto la posibilidad de recurso de casación contra sentencias referidas a cuestiones de personal al servicio de la Administración pública queda contraída a las que "estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos", bajo cuya expresión no cabe comprender hoy aquellos supuestos de acceso a cargo público, que una generosa doctrina jurisprudencial de esta Sala, interpretando el artículo 94.1.*a)*, en su redacción antigua, había equiparado a los supuestos de separación, a efectos de apelabilidad de la sentencia. Por ello las sentencias que esta Sala Tercera dictó conociendo de recursos de apelación, que la recurrente invoca en el presente recurso de queja, en apoyo de su pretensión, no pueden conducir al éxito de este recurso, puesto que todas ellas responden a aquella doctrina aperturista de la apelabilidad, que acabamos de referir, hoy periclitada a virtud de la posterior modificación legislativa.» *(Auto de 27 de octubre de 1993, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 7769.)*

D) *Costas. Se aprecia manifiesta temeridad en la interposición del recurso de apelación contra una sentencia que estimó todas las pretensiones del recurrente, quien sólo apela para obtener los intereses que no había solicitado en primera instancia.*

«Tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional la entidad "C." lo único que solicitó fue que se declarase su derecho a repercutir sobre la entidad "F. G., S. A." el importe de las cuotas que gravan el suministro de combustible a los buques de la segunda de las dos entidades mencionadas, cuyo importe ascendía a la cantidad de 2.571.025 pesetas. Así lo especificó en el suplico de su escrito de demanda, al que se remitió el de conclusiones, y así consta en el escrito —anterior— en vía administrativa. Nunca, en ningún momento, suplicó el pago de cantidad alguna en concepto de intereses, lo que era lógico teniendo en cuenta que la cantidad líquida a repercutir se fijó en el escrito de demanda.

Habiendo estimado totalmente la demanda la sentencia apelada, es evidente la improcedencia del recurso de apelación interpuesto precisamente por quien obtuvo la absoluta estimación de sus pretensiones, improcedencia que se extiende a las cuestiones nuevas, esto es, a aquellas que no fueron ni objeto de petición en primera instancia, ni por lo tanto pudieron ser resueltas en la sentencia definitiva. Si el artículo 79 de la Ley de la Jurisdicción prohíbe que en los escritos de conclusiones o en el acto de la vista se planteen cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, y si el artículo 82 de la propia Ley obliga al juzgador de Primera

Instancia a resolver todas las cuestiones controvertidas en el proceso, es evidente que quedan fuera del proceso, quedan fuera de la sentencia y quedan fuera del recurso de apelación las cuestiones que se planteen por vez primera en la segunda instancia, como es, en el caso debatido, la petición de pago de intereses.

La Sala estima en la conducta de la entidad "C." manifiesta temeridad, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, condena a la entidad apelante al pago de las costas causadas en esta segunda instancia.» *(Sentencia de 2 de octubre de 1993, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 7392.)*

XV. RESPONSABILIDAD

A) *Por declaración de nulidad de actuación administrativa. Se anula Plan especial de Equipamientos Penitenciarios y las actuaciones expropiatorias subsiguientes. Sustitución de la ejecución por indemnización. Se califica la actuación administrativa de vía de hecho.*

«Tramitándose la presente apelación esta Sala Tercera y su Sección Quinta ha dictado Sentencias con fechas 22 y 23 abril 1992, al resolver los Recursos de Apelación 1622/1988 y 1523/1988, anulando el acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Barcelona de 5-3-1986 que autorizaba la construcción de un Centro Penitenciario y aprobaba definitivamente el "Plan Especial de Equipamiento Penitenciario en el paraje Cuatro Caminos del término municipal de la Roca del Vallés", que como se ha indicado amparaba las actuaciones expropiatorias del presente proceso, y, asimismo, esta Sala que enjuicia el presente recurso de apelación, por Sentencia dictada el 6-6-1992, al resolver el Recurso de Apelación 4945/1990 también ha anulado las Ordenes del Consejero de Justicia de la Generalidad de Cataluña de fechas 18 marzo y 16 abril 1986, por las que se inició el expediente expropiatorio de los bienes y derechos afectados por la ejecución del citado Plan Especial y se formuló la relación concreta de bienes y derechos a expropiar, entre los que se encuentra la finca del actor. En razón de todo ello, mediante providencia de 11 marzo del corriente año, se acordó poner de manifiesto a las partes, una vez traído testimonio a los autos de la misma, la S. 22-4-1992, a fin de que por ellas se alegase lo que a su derecho conviniere sobre la incidencia que en el presente proceso comporta la anulación del tan repetido Plan Especial y la posible fijación de indemnización por responsabilidad patrimonial al constar y estar reconocido por las partes la construcción y pleno funcionamiento del Centro Penitenciario que motiva la presente expropiación.

La anulación del Plan Especial de Equipamiento Penitenciario de "Quatre Camins", llevada a cabo por las SS. 22 y 23 abril 1992 de esta Sala y su Sección Quinta, determina la falta de validez y eficacia jurídica del mismo, lo que a su vez invalida las actuaciones expropiatorias subsiguientes, puesto que tal anulación implica y lleva aparejada la inexistencia de válida declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los bienes expropiados, y tal inexistencia es, a su vez, causa de nulidad de pleno derecho del expediente expropiatorio, como así lo ha entendido esta Sección, en su S. 6-6-1992, para declarar la nulidad de las Ordenes de la Consejería de Justicia de 18 marzo y 16 abril 1986, por las que se inició el expediente expropiatorio de bienes y derechos del actor —entre otros—, afectados para la ejecución del citado Plan Especial, nulidad que trasciende, también, a las resolu-

ciones del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, que en su día justiprecian los terrenos expropiados al aquí recurrente y apelante adherido. Ello no obstante, la restitución de la plena propiedad y posesión de los mismos al señor P. S., consecuencia lógica de la anulación de las actuaciones expropiatorias, deviene prácticamente imposible en el presente caso puesto que el Centro Penitenciario funciona ya desde hace algún tiempo con plena normalidad, de ahí que se haya entendido que no se satisfacía la tutela judicial efectiva si la resolución a dictarse contemplase exclusivamente la anulación de todo el expediente expropiatorio, incluidos los acuerdos valorativos del Jurado, para reiniciar *ab initio* todo el proceso administrativo previo, dando lugar con ello a una serie de dilaciones indebidas, incompatibles con la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución, cuando podía ser factible, con las resultancias del expediente administrativo y actuaciones jurisdiccionales y, ponderando los intereses en juego, llegar, si no por vía de justiprecio, sí por vía indemnizatoria, a compensar al recurrente del perjuicio patrimonial sufrido, tanto por la transferencia coactiva de los bienes afectos a la ejecución del Plan de Equipamiento como los derivados de la irregular actuación de la Administración, siendo todo ello la razón de ser del proveído de 11-3-1993, cuestión ésta ya contemplada en Sentencias de este Alto Tribunal de 7-2-1985 y 10-3-1992, entre otras.

La sustitución de la ejecución *in natura* por su equivalente indemnizatorio pecuniario debe de contemplar, en el caso presente, en primer término, la indemnización económica correspondiente a la propiedad de los terrenos ilegalmente adquiridos por la Administración a la que deberán añadirse los intereses de demora desde su ocupación efectiva, lo que aconteció el 16-7-1986, hasta el momento en que la indemnización sea efectivamente satisfecha; esto es, deberá fijarse en primer término el valor de dichos terrenos, por cuanto la restitución de la plena propiedad y posesión de los mismos deviene imposible al hallarse ya en pleno funcionamiento el Centro Penitenciario, y, en segundo lugar y considerando que en el presente caso la actuación de la Administración no se ha acomodado al ordenamiento jurídico, incidiendo así en una actuación equiparable a las llamadas "vías de hecho", deberá también reconocerse el derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por tal proceder, dado que de no hacerse así, y sólo se contemplase la indemnización compensatoria del valor de los bienes ocupados, se estaría equiparando la vía de hecho con la actuación ajustada a la legalidad, habiendo sido reconocida esta compatibilidad de la indemnización correspondiente a la privación de la propiedad con la indemnización por daños y perjuicios por actuación ilegal de la Administración, junto con el abono de los intereses de demora por este Tribunal en las SS. 21 mayo y 7 octubre 1985 y la ya mencionada de 10-3-1992.

En cuanto a la indemnización correspondiente a la privación de la propiedad de los terrenos, que la parte actora y apelante adherido entiende procedente en la cuantía señalada por ella en su hoja de aprecio, no puede ser compartida, y sí, en cambio, la petición subsidiaria que efectúa referida a la señalada por la sentencia objeto de apelación por las razones que a continuación se expondrán, por cuanto se fundamenta en unos dictámenes emitidos por peritos procesales que gozan por tanto de la presunción de máxima objetividad, no pareciendo oportuno accederse a la primera pretensión en razón a que ello equivaldría a un valor equivalente al establecido por mutuo acuerdo, cuando la discrepancia de la Administración respecto de tal valor resulta acreditada por el rechazo de dicha hoja de aprecio e incluso respaldada por el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación que sigue equivalente criterio, y, si se ha entendido que la indemnización ha de comprender, como primer criterio, el monto equivalente al valor de los bienes y derechos objeto de privación dominical, tal concepto ha de establecerse en sus justos y adecuados términos que son, a juicio de esta Sala, los establecidos por la sentencia apelada, que tienen su apoyo en dos dictámenes periciales, que aun rendidos en otro proceso se refieren a finca o terrenos que, como los del presente procedimiento, también se vieron afecta-

dos por el mismo Plan y así en el informe rendido por el arquitecto don Fernando B. M. se especifica —a extremo pedido por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña, respecto "si la valoración de 264,70 ptas/m^2, hecha por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa del suelo ocupado en ejecución del Plan Especial (...) es posible considerarla ajustada atendida la calificación rústica de dicho suelo y de su destino al cultivo de cereales (...) en el momento de su ocupación en julio de 1986"—, que debe considerarse como no ajustado el precio de 264,70 ptas/m^2, por la exposición hecha al extremo pedido por la parte actora —la expropiada—, debiendo de indicarse que dicha valoración de 264,70 ptas/m^2, hecha por el Jurado y que el señor Perito considera desajustada, es la misma valoración que el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa otorga a los terrenos del señor P. —el actor en el proceso que nos ocupa—, de donde se infiere la similitud y características equivalentes de ambos terrenos, en uno y otro proceso, pues el Jurado otorga un mismo módulo valorativo, lo que no habría sucedido si no se hubiese dado tal coincidencia, pero es que, además, en ese dictamen pericial, se razona acertadamente el valor en que concreta el metro cuadrado de terreno —1.403 ptas/m^2— que viene condicionado a juicio del señor Perito informante porque por la aplicación exclusiva de los conceptos específicos del artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa no responden a una valoración real de la finca de autos y, en consecuencia, ateniéndose al artículo 43 de la Ley —al igual que el Jurado realiza—, considera que el valor real viene derivado del promedio del valor en venta de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal y el valor urbanístico en base al Plan Especial, el cual otorga una cierta capacidad edificatoria, y así explica que el terreno, aun de cultivo de secano, lo es con casas aisladas de alto nivel en general por su construcción y superficie, lo que da a entender que no es el rendimiento agrícola lo que les ha traído y en consecuencia atendida su buena ubicación, comunicación, grado de urbanización y suministros de compañías, fija el valor del metro cuadrado en un valor unitario de 1.403 ptas/m^2, de no haberse construido el Centro Penitenciario; valoración pericial que resulta respaldada también por el informe pericial rendido por el ingeniero agrónomo señor S. R. al contestar al extremo a.2) de su dictamen en el que expresamente se indica como correcta la valoración dada por el arquitecto señor B. M., a razón de 53 ptas/palmo cuadrado o, lo que es lo mismo, 1.403 ptas/m^2, entendiéndose por todo ello como ajustado el valor de los terrenos propiedad del actor, el señalado por la sentencia apelada, esto es, la cifra de 5.848.405 pesetas, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de la efectiva ocupación —16-6-1986— hasta su completo pago, al tipo de cada anualidad fijado por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para cada año, por entenderse devengados como frutos civiles día a día, cuyo cálculo se efectuará en ejecución de la presente sentencia.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la ilegal privación al actor de la propiedad y posesión de los terrenos desde el año 1986, esta Sala considera como criterio razonable no el sustentado por la representación procesal de la propiedad de los terrenos (diferencia entre lo concedido como valor material por la sentencia apelada —y que esta Sala ha ratificado— y el valor pretendido por el señor P. en su hoja de aprecio), sino el porcentaje del 25 por 100 estimado por la parte actora para el supuesto de haberse aceptado el valor asignado a los bienes ocupados en su hoja de aprecio, pero aplicable al valor entendido como valor de sustitución material compensatorio por la ocupación y privación de tales bienes y que ha quedado señalado anteriormente, esto es, el 25 por 100 de 5.848.405 pesetas, o lo que es lo mismo, la cifra de 1.462.101 pesetas, cuya cantidad devengará igualmente los intereses correspondientes desde el día 16-6-1986 hasta su completo pago, en la forma indicada al final del fundamento de derecho precedente.» *(Sentencia de 11 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8202.)*

B) *Por deficiente cumplimiento de la orden de inmovilización de un buque, dictada por juez civil, para hacer efectivo su embargo, lo que facilitó su huida del puerto. La determinación de la cuantía viene limitada por el valor en venta del buque, sin tener que alcanzar necesariamente el total de la deuda fijada en la sentencia civil.*

«De los hechos minuciosamente descritos en el cuarto fundamento jurídico se deduce que, al haber partido del puerto el buque embargado, haciéndose a la mar con rumbo desconocido, resulta imposible hacer efectiva la ejecución y apremio sobre el mismo una vez pronunciada la sentencia que condena a la entidad demandada, propietaria de aquél, al pago a la entidad apelante de determinadas cantidades por principal, intereses y costas, con lo que se ha causado un evidente perjuicio a esta entidad, que obtuvo, primero, el embargo preventivo, previa prestación de una fianza de cinco millones de pesetas, y después el pronunciamiento condenatorio en el que se ratificó expresamente aquel embargo, al carecer de otro medio eficaz para cobrar tales sumas por ignorarse la existencia de otros bienes o derechos de la titularidad de la condenada al pago, que sean de fácil realización.

Entre las causas determinantes del mencionado perjuicio está el incumplimiento por parte del Comandante Militar de Marina de la orden del Juez de Primera Instancia, en la que se le mandaba acordar lo necesario para *inmovilizar* el buque, a pesar de lo cual se limitó a tomar nota en el Negociado del Despacho de Buques para que no fuese autorizada su salida y a dar aviso a la oficina de Prácticos para que no se le prestase ningún servicio de movimiento interior o salida sin conocimiento de la Comandancia, al tiempo que se le amarró en otra dársena más apropiada para permanecer algún tiempo inactivo. Actuaciones éstas que no son suficientes, a todas luces, para lograr la inmovilización ordenada por el Juez.

Es más, según se dijo anteriormente, con fecha 24-12-1982, el Capitán General de la Zona Marítima del Cantábrico había dirigido a los Comandantes y Ayudantes de Marina una denominada "Instrucción de Justicia", en la que, a la vista de la frecuencia con que los Juzgados de la Jurisdicción Ordinaria comunican haber decretado el embargo, la retención o la intervención de una determinada embarcación y, en ocasiones, interesan la práctica de algunas otras diligencias de vigilancia y custodia de la embarcación, se les hacía saber que, cuando se les requiriese para tales funciones, deberían contestar exponiendo los inconvenientes que dificultan el desempeño del cometido encomendado y sugiriendo la conveniencia, en su caso, de nombrar un depositario ajeno a la Autoridad de Marina (documento al folio 47 del expediente administrativo).

La referida instrucción no fue cumplida por el Comandante Militar de Marina requerido por el Juez para que *inmovilizase* el buque, de manera que, en lugar de exponer las dificultades o inconvenientes para efectuarlo, realizó determinadas actuaciones puramente administrativas y ordenó el traslado del buque a otra dársena, en la que se le amarró a unas boyas, lo que no constituye su *inmovilización*, como el Juez de Primera Instancia había ordenado, de manera que, al no haber quedado inmovilizado el buque salió de la dársena sin autorización, haciéndose a la mar con destino desconocido.

Según lo expuesto, se ha de admitir, como sostiene la representación procesal de la entidad apelante, que se reúnen los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública conforme a los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, al existir en este caso una relación directa e inmediata entre el incumplimiento de la orden judicial por el Comandante Militar de Marina y el perjuicio causado a dicha entidad apelante, el cual es evaluable económicamente en la cuantía que más adelante indicaremos, sin que haya concurrido fuerza mayor susceptible de exonerar de dicha responsabilidad a la Administración

del Estado, condiciones todas valoradas por la Jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo como determinantes de la reparación que debe acordarse en favor del perjudicado (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Tercera, de fecha 6-3-1989; Sección Primera, de fechas 13 marzo y 7 abril 1989; Sección Tercera, de fechas 20 febrero y 25 octubre 1989; Sección Primera, de fechas 27-12-1989, 19 enero y 14 diciembre 1990; Sección Sexta, de fecha 5-2-1991; Sección Tercera, de fecha 8-2-1991; Sección Séptima, de fecha 11-2-1991, y Sección Sexta, de fecha 20-4-1991).

Debemos, finalmente, examinar la cuantía de la indemnización que la Administración del Estado deberá abonar a la entidad perjudicada para decidir sobre las pretensiones a tal efecto formuladas por la apelante tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional.

Es destacable, en primer lugar, a fin de fijar el *quantum* indemnizatorio o las bases del mismo, que la entidad, ahora apelante, cuando dedujo su reclamación ante el Ministro de Defensa solicitó de la Administración el pago de un millón quinientos veintitrés mil novecientos siete marcos de la República Federal Alemana (o su correspondiente contravalor en pesetas) más los intereses legales procedentes, pretensión que reiteró en su escrito de alegaciones en el procedimiento administrativo, al denunciar la mora y en el recurso de reposición. Posteriormente, sin embargo, al formalizar su escrito de demanda en el juicio, amplió tal pretensión, pidiendo también el pago de las costas causadas en el proceso civil, incluidas en la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. Debemos, pues, rechazar la pretensión relativa al abono de las costas, que no fueron incluidas en la reclamación ante la Administración y que, a pesar de solicitarlas en el apartado tercero de la súplica de la demanda, tampoco se hace mención a ellas en el último, en el que se formula la pretensión estrictamente condenatoria frente a la Administración.

Hemos, pues, de fijar como base para calcular la indemnización a satisfacer por la Administración del Estado el importe del principal que la propietaria del buque embargado debe pagar, según la sentencia pronunciada por el Juez de Primera Instancia, a la entidad apelante, es decir, un millón quinientos veintitrés mil novecientos siete marcos de la República Federal Alemana o la cantidad equivalente en pesetas, que se haya determinado en la ejecución de la referida sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, además de los intereses legales de esta cantidad a partir de esta cantidad a partir de la fecha de la petición del embargo preventivo, según liquidación también practicada en ejecución de la misma sentencia.

No obstante, existe un límite en la cuantía de esa indemnización que debe satisfacer la Administración, impuesto por el valor en venta del buque embargado en su día, de manera que si dicho valor resultase inferior a la deuda fijada por la sentencia dictada en el pleito civil más los intereses legales de la misma, aquella indemnización no puede superar el valor en venta de dicho buque, ya que éste es el bien embargado, cuya realización se ha hecho imposible por la actuación indebida del Comandante Militar de Marina, siendo la única consecuencia de funcionamiento en este caso anormal del servicio público, y que, por tal razón, debe operar como tope de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

Al no ser conocido el valor en venta del buque embargado, como tampoco lo es el contravalor en pesetas de la cantidad señalada en marcos de la República Federal Alemana ni el importe de los intereses legales, sumas las dos últimas que deben fijarse en la ejecución de la sentencia dictada en el proceso civil, ha de diferirse la determinación de la cuantía de la indemnización a satisfacer por la Administración al período de ejecución de sentencia, como establece el artículo 84.*c)* de la Ley de esta Jurisdicción y solicita, subsidiariamente, la apelante en la súplica de su escrito de demanda, en cuyo momento habrán de tenerse en cuenta como bases de la liquidación definitiva las que se han dejado expuestas.» *(Sentencia de 10 de mayo de 1993, Sala 3.ª, Ar. 6375.)*

C) *Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Prisión preventiva por tiempo superior al de la condena. Debe acreditarse que existió un funcionamiento anormal. Excesiva duración del proceso penal. Derecho a ser indemnizado. Fijación de la cuantía.*

«Interpuesto recurso de amparo contra esta sentencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional en S. 22-6-1992 (RTC 1992, 98), tras ratificar los pronunciamientos de fondo de la meritada sentencia declaró la nulidad de la misma, pues se había abstenido de pronunciarse en cuanto al fondo sobre la cuestión de posible indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La problemática jurídica planteada, pues, en este recurso queda centrada en el examen de la existencia o no de responsabilidad patrimonial del Estado, en base a los hechos ya reseñados, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El artículo 121 del texto constitucional taxativamente preceptúa que los daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización del Estado, conforme a la Ley, así como el 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que ciertamente supone una concreción específica de la genérica responsabilidad reconocida en el artículo 106.2 de la Constitución respecto del funcionamiento de los servicios públicos, y ya recogida en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26-7-1957, no menos que en el 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26-11-1992.

Dos, pues, son los presupuestos que generan este tipo de responsabilidad: el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la existencia de un daño que sea su consecuencia.

La anormalidad de ese funcionamiento no implica, desde luego, referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad, en el desempeño de tales funciones, al tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva.

Los daños —en cuyo concepto son incluibles los materiales y los morales— han de presentar la característica de su antijuridicidad, es decir, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, lo que presupone la inexistencia de causas de justificación susceptibles de desvirtuar la antijuridicidad, tal como precisan las Sentencias de este Tribunal de 21-11-1977 y 4-10-1978, entre otras.

Para que el daño sea indemnizable ha de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos —S. 17-12-1981—, evaluable económicamente, cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla pueden materializarse también en ejecución de sentencia —SS. 13-11-1981 y 14-4-1981— e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, daño producido por la actividad de la Administración en relación de causa a efecto, pesando sobre el perjudicado la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar.

El concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado.

La anormalidad ahora cuestionada radica única y exclusivamente en la excesiva dilación de la tramitación del proceso penal en que se vio involucrado el recurrente con su secuela de la prolongada prisión preventiva de prácticamente tres años de duración.

Desde luego, el simple hecho de que la prisión preventiva se haya prolongado un lapso temporal superior al tiempo de la condena posteriormente pronunciada no autoriza, por sí mismo, a concluir que ha habido funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre que la prisión preventiva acordada obedezca a la

razonable y provisional apreciación de la concurrencia de indicios racionalmente fundados de culpabilidad en relación con la naturaleza del hecho o hechos incriminados y en base a los presupuestos legales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuando la prisión preventiva, aun de duración superior a la impuesta en la sentencia, obedece a los criterios antecitados y la duración de la fase de instrucción hasta la sentencia es la normal y adecuada a la naturaleza del proceso y de los hechos imputados no puede hablarse de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, porque el inculpado o procesado, en base a los presupuestos legales, tiene el deber jurídico de soportar y cumplir la prisión decretada en tales circunstancias.

Por el contrario, la duración excesiva del procedimiento, concluido con una absolución o sentencia condenatoria de contenido no privativo de libertad o privativo de ella de modo principal o accesorio, pero de muy escasa duración en relación con el tiempo sufrido en prisión preventiva durante el proceso, puede y debe calificarse de retraso constitutivo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, generador del derecho a la correspondiente indemnización de los perjuicios emanados de la privación de libertad, legalmente decretada, sí, pero excesivamente prolongada en el tiempo.

Para determinar si en un proceso se ha producido retraso anormal, es preciso analizar la naturaleza del mismo, los actos incriminados, la mayor o menor complejidad de la investigación de los hechos y de la instrucción del proceso en general, incluida la propia actitud de los procesados o incriminados en esta fase procesal, que pudiera ser la causante o coadyuvante a la injustificada dilación procesal.

Es claro que en el supuesto aquí contemplado, la prisión preventiva fua acordada conforme a la más estricta observancia legal y procedimental, dada la variedad y entidad de los cuatro delitos imputados, y la acusación mantenida por el Ministerio Fiscal que solicitaba la pena de siete años de prisión mayor por el de tenencia de explosivos.

La sentencia recaída en ese proceso —absolución por los delitos de hurto y tenencia de explosivos y condena por dos delitos de evasión de presos— atinente a sendas penas de multa con arresto sustitutorio, en su caso, por un total de 260 días, determinó, de modo fulminante e inmediato, la libertad del procesado.

Es evidente que la excesiva duración de la prisión preventiva tuvo por causa única y directa la lenta progresión y consiguiente extraordinaria dilación en la realización de las diligencias de instrucción sumarial, tardía acción de la Administración de Justicia que constituye un típico supuesto de funcionamiento anormal de la misma, generador de responsabilidad patrimonial, con la consiguiente obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos al perjudicado.

La relación de causalidad entre dicha actividad de la Administración y el daño antijurídico producido por la excesiva prolongación de la situación de prisión preventiva es, pues, indubitada, siendo tal daño real y efectivo al incidir sobre el derecho fundamental de la libertad personal, evaluable económicamente e individualizado en la persona del recurrente. La excesiva duración del proceso penal y de su consecuencia de la prisión preventiva, de prácticamente tres años, se desprende además de la propia naturaleza de la materia delictiva enjuiciada, que no revestía complejidad alguna justificativa de tan dilatado plazo para dar por finalizado el proceso, sin que tampoco se aprecie, ni haya sido alegada siquiera, negligencia alguna por parte del ahora recurrente que pudiera apreciarse como productora o coadyuvante de la dilación. El propio artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal enfatiza que el inculpado retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia, cuidando los Jueces y Tribunales, así como el Ministerio Fiscal, bajo su responsabilidad de que la prisión no se prolongue más allá de lo necesario.

Una vez dilucidada la procedencia de la obligación de indemnizar, ha de ser concretada la cantidad en que evalúan los daños y perjuicios sufridos por el recurrente a consecuencia de su prolongada estancia en prisión, cuestión siempre difícil y problemática ante la presencia de los daños psíquicos o morales, aparte los materiales, inherentes a toda situación de privación de libertad.

Necesariamente han de tenerse en cuenta para ello las circunstancias personales y familiares de edad, estado civil, personas a su cargo, *status* social y económico, y todo lo demás que reconduzca o afecte a una situación económica más o menos consolidada.

La indemnización ha de ser proporcionada y adecuada al real perjuicio sufrido por el ciudadano, en relación con las circunstancias concurrentes sometiéndolas a una valoración subjetiva global, pues aunque esto aparezca revestido de una innegable relatividad, no existe otro medio de apreciar o inferir la interioridad del sufrimiento moral.

Para la fijación del *quantum* indemnizatorio, en este supuesto concreto, en que hubo acusación grave con petición fiscal de siete años de prisión, y condena por otros dos delitos, la privación de libertad sufrida ha de traducirse a términos indemnizables, solamente respecto del tiempo de prisión preventiva, cuya duración ha integrado el exceso del lapso temporal constitutivo del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, toda vez que la prisión preventiva fue acordada con todos los condicionamientos legales, y por ello el recurrente tenía el deber jurídico de soportar tal situación durante el tiempo normal de duración del proceso.

La pauta para llegar a la concreción del exceso temporal nos la puede marcar el propio artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que nos indica que en el caso de petición de penas privativas de libertad superiores a prisión menor, la situación de prisión provisional no debe durar más de dos años, en supuestos normales.

Por ello, evaluando el perjuicio sobre este plazo de prisión injustificada escasamente inferior a un año, y teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales concurrentes en el interesado, en relación con la propia petición formulada en la demanda, la Sala estima prudente y adecuado acordar globalmente la cantidad de cinco millones de pesetas, importe de los daños y perjuicios materiales y morales del recurrente.

Dicha cantidad ha de ser incrementada en la cuantía correspondiente a los intereses legales devengados sobre ella, desde la fecha de la reclamación administrativa hasta la fecha de esta sentencia, intereses que constituyen en realidad el mecanismo de actualización del valor del dinero señalado en concepto de indemnización formalizado por el interesado con arreglo a los parámetros sociales y económicos imperantes en el momento de su reclamación ante la Administración. Y a esos intereses han de agregarse los intereses de demora, en el pago, si a ellos hubiera lugar, computados sobre esa cantidad desde el instante posterior al transcurso de tres meses desde la notificación de esta sentencia hasta el completo pago. Tales intereses han de ser liquidados al tipo de interés legal del dinero fijado anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos.» *(Sentencia de 11 de noviembre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8249.)*

D) *Imputabilidad. El beneficiario de una expropiación se equipara al concesionario de servicio público.*

«Lo dispuesto por los artículos 121.1 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa respecto del concesionario de servicios públicos, al estimar que existe idéntica razón para determinar la responsabilidad del concesionario de un servicio público en sentido estricto que para declarar la del concesionario demanial del yacimiento minero, cuya titularidad le confiere precisamente el carácter de beneficiario de la expropiación, y como tal asume, en el procedimiento expropiatorio, un protagonismo material y jurídico de la misma naturaleza que el concesionario de servicios públicos, según se deduce de las facultades que atribuye a aquél el artículo 5.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, por lo que, ante tal identidad de situación jurídica, es procedente, en ausencia de norma expresa, aplicar el mismo régimen jurídico que para los concesionarios de servicios públicos previenen los citados artículos de

a Ley de Expropiación Forzosa y que después hizo extensivo a los contratistas de obras públicas el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 noviembre. En consecuencia, la reparación de los daños y perjuicios causados a la titular de la finca excluida de la expropiación incumbe a la Empresa beneficiaria de la expropiación.

Ciertamente, como sostiene la representación procesal de la entidad recurrida, la potestad expropiatoria reside en las Administraciones Públicas territoriales, pero cuando éstas la ejercen en beneficio de otra persona (arts. 2.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 3.1 de su Reglamento), ésta actúa, por sustitución, funciones públicas a pesar de ser una persona jurídico-privada, lo que repercute en las consecuencias que produce la actuación expropiatoria que promueve y de la que se beneficia, y de aquí que el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26-4-1957, al deslindar las atribuciones de la Administración expropiante y del beneficiario, disponga que corresponde a aquélla, en su calidad de titular de la potestad expropiatoria, "decidir ejecutoriamente en cuanto a la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado", previsión normativa que supone identidad de razón para atribuir a la Administración la facultad y la obligación de resolver, en la forma establecida por el referido artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa para los servicios concedidos, cuando el expropiado reclama una indemnización por daños y perjuicios a cargo del beneficiario de la expropiación.» *(Sentencia de 25 de octubre de 1993, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 8007.)*

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS