

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento*: 1. Participación de los ciudadanos. 2. Carácter preceptivo del Dictamen del Consejo de Estado en reglamento autonómico que desarrolla ley estatal. 3. Reglamento técnico como reglamento independiente. 4. Nulidad de reglamento y derogación.—II. ACTO: *Ejecutividad*: 1. Denegación de suspensión de un Orden Ministerial por los graves perjuicios que puede representar la no ejecución del derecho comunitario. 2. La suspensión exige la ponderación de los intereses enfrentados. 3. Motivación del acuerdo de suspensión. Teoría de la apariencia del buen derecho. 4. En la pieza de suspensión no pueden analizarse cuestiones que afectan al fondo del asunto.—III. CONTRATOS: A) *Convenio. Naturaleza jurídica y efectos*. B) *Revisión de precios y riesgo razonablemente imprevisible*. C) *Intereses*.—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: 1. Autonomía. País Vasco. La LBRL no permite mantener el control que en materia tributaria suponen los tribunales económico-administrativos. 2. Orden público. Facultad de intervenir las actividades de los ciudadanos mediante órdenes individuales. 3. Iniciativa económica y competencias municipales.—V. DOMINIO PÚBLICO: *Subsuelo*.—VI. AGUAS: *Competencias de las Comunidades Autónomas*.—VII. MEDIO AMBIENTE: A) *Competencias económicas. Violación principio igualdad y artículo 92 y siguientes Tratado CEE*.—IX. LIBERTADES PÚBLICAS: *Derecho y deber de sufragio activo*.—X. SANCIONES: A) «*Non bis in idem*». B) *Prescripción*.—XI. URBANISMO: A) *Convenio urbanístico. Naturaleza y efectos*. B) *Régimen del derecho de propiedad y reserva legal*. C) *Licencias*: 1. Subrogación de la CPU. 2. Caducidad.—XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: I. Competencias de los TSJ. 2. Recurso de revisión. 3. Recurso de casación.—XIII. RESPONSABILIDAD: *Acción de responsabilidad*.

I. FUENTES

Reglamento.

1. *Participación de los ciudadanos. Confirma la doctrina que califica como preceptiva la audiencia de los interesados. Se argumenta en base a lo dispuesto en normativa comunitaria.*

«Es precisamente este trámite el que no ha sido observado por la Administración demandada en una disposición sancionadora y dirigida, en su gran parte, al modo de actuar o colaborar con la Administración de unos profesionales, los veterinarios, quienes por imposición de la norma proceden en determinadas cuestiones (Base Tercera, Quinta, Sexta, Octava) como mandatarios de la propia Administración. Esa fase procedimental administrativa no carece de valor, sino que en ámbito administrativo va recobrando carta de naturaleza y un carácter normativo en expansión como un requisito administrativo "la información pú-

blica" —cuya relevancia tiene su mayor expresión en la Ley del Suelo—. Incluso trasciende del derecho nacional, y en este sentido la Recomendación número R (87) 16 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre procedimientos administrativos que afectan a un gran número de personas (aprobada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, con ocasión de la 410 a reunión de Delegados Ministeriales), amplía esa "información" a decisiones administrativas no normativas (actos administrativos), como participación de las personas afectadas en el procedimiento administrativo.

En consecuencia, de conformidad con los preceptos citados, en relación con el artículo 9.1.j de la Ley 2/74, de 13 de febrero, y artículo 46.1.c de la Ley de Procedimiento Administrativo procede declarar la nulidad del acto administrativo.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Los de la Sentencia apelada en lo que no resulten afectos por los siguientes. Ante la existencia de cierta contradicción evidenciada por numerosas Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que calificaban la llamada audiencia corporativa del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo como "facultativa", e, incluso, como "consejo sano del legislador", la Sala de Revisión de este Tribunal en Sentencia de 19 de mayo de 1988, estableció que "Aquí y ahora hemos de anticipar ya nuestra opinión que considera preceptiva la intervención de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, como expresa el artículo 105, apartado a), de la Constitución", añadiendo que "El párrafo cuarto de su artículo 130, exigía que se diera la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por ley ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición en proyecto, siempre que fuere posible y la índole de ésta lo aconsejare, salvo cuando se opusieren a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. Las dos cautelas que condicionan esta audiencia y la excepción que justificaría su omisión, aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad, a nuestro entender".» (*Sentencia de 5 de octubre de 1990, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 9032.*)

2. *Se insiste en el carácter preceptivo del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de Reglamentos de las Comunidades Autónomas que desarrollen legislación estatal.*

«Como acertadamente argumenta la sentencia apelada —cuyos fundamentos jurídicos se aceptan en la presente—, en la elaboración por la Administración de la Comunidad de Cataluña, del Decreto núm. 86/1986, de 20 de marzo, se observan las siguientes infracciones procedimentales:

A) Faltan los estudios e informes previos necesarios para la correcta formación de la voluntad colegiada del Órgano que ha de producir el aludido Decreto combatido, y por consiguiente para su adecuada elaboración y, en particular, el correspondiente al Informe que habría de emitir la Secretaría Técnica del Órgano que estructuró el Proyecto; no siendo válida jurídicamente su sustitución por una mera aprobación conjunta del mencionado Decreto, una vez elaborado el proyecto, de todos los Secretarios Técnicos, en la fase última, inmediata y

preparatoria de la sesión en que habría de aprobarse por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña.

B) Falta el preceptivo dictamen del Consejo de Estado pues, al tratarse de un Reglamento ejecutivo, derivado de una Ley del Estado, aquél es exigible conforme a lo dispuesto en los artículos 22.3 y 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en conexión con la Resolución de 3 de marzo de 1982 de su Presidencia que actualiza la relación de Disposiciones que preceptúan la audiencia de dicho Organismo; máxime cuando dicho artículo 23, en su párrafo 2.º, dispone que "el Dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes, y es el caso de que por una parte cuando la Administración hace uso de la potestad reglamentaria en la materia en que lo hace ahora la Administración de la Generalidad de Cataluña, sí es preceptivo dicho dictamen, y, por otra parte, la misma representación de esta última Administración reconoce haberle sido transferida la aludida competencia que antes residía en la del Estado. Así, no es tampoco jurídicamente válida la argumentación de la parte apelante de que "el Organismo consultivo que ha de evacuar el dictamen está situado fuera de la organización administrativa que tramita el procedimiento", por lo que —sigue diciendo— "dicho dictamen se desnaturaliza para convertirse en un trámite distinto de vigilancia externa", terminando por decir que "si las Comunidades Autónomas hubieran de consultar al Consejo de Estado, con carácter preceptivo, en los mismos casos que el Estado, aquél no hace otra cosa que inspeccionar la actividad autonómica prácticamente con carácter general; hemos de decir ahora que, aparte que el Consejo de Estado actúa en los dictámenes de referencia dentro de su competencia con arreglo a normas de derecho administrativo, no políticas, dichas afirmaciones, de la representación de la hoy recurrente, no son jurídicamente válidas porque, desde un principio, van en contra de lo dispuesto en el artículo 23.2.º de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, después, porque en ningún caso un dictamen de dicho Organismo se transforma en un trámite de vigilancia externa", con el fin concreto de "inspeccionar la actividad administrativa autonómica" como si ésta perteneciera a una Organización territorial distinta a la del Estado español donde aquélla se integra; pues nunca el Consejo de Estado tiene la misión de revocar, reformar o anular por sí mismo los actos sometidos por Ley a su dictamen, aunque pueda conforme a ella, y en su caso, instar del Gobierno de la Nación la actuación de los mecanismos constitucionales de control.» (*Sentencia de 27 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6610.*)

3. *Reglamento de carácter técnico, no ejecutivo. No precisa informe del Consejo de Estado. Reglamento General Técnico de control y calificación de semillas y plantas de viveros.*

«El Reglamento impugnado no pertenece, de manera evidente, al género de los denominados ejecutivos, por cuanto no se dirige a desarrollar o completar Ley previa habilitante, sino que es simple manifestación de la escala de la normatividad en su inferior grado, introduciendo regulaciones de segundo grado, de carácter técnico, para las que el Ministerio de Agricultura se hallaba habilitado en este caso por la Ley 11/1971, artículos 6 y 8, y por su Reglamento General aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1972, también en sus artículos 6.º y 8.º. El verdadero Reglamento ejecutivo de la citada Ley de 30 de marzo de 1971 es el aludido Decreto, que como tal se configura y que fue aprobado previa audiencia del Consejo de Estado, según consta en el preámbulo que precede al mismo. Así pues, al no constituir la Orden Ministerial impugnada un Reglamento de ejecución, pese a la impropia rúbrica de "General" que enmarca a aquélla pero que tan sólo tiene trascendencia nominal, no era preciso

en el procedimiento de su elaboración contar con la previa consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado reservada a las normas reglamentarias directamente conectadas a la Ley y a sus ulteriores modificaciones, para que el Alto Organismo Consultivo garantice que la potestad reglamentaria se acomoda y no contraviene la Ley de la que es mero producto subordinado. No se ha quebrantado, por tanto, la exigencia contenida en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y desde esta perspectiva no cabe imputar invalidez al Reglamento impugnado.» (*Sentencia de 18 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 10046.*)

4. *Se equipara la declaración de nulidad de un reglamento a su derogación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 de la LPA.*

«Este Tribunal, enjuiciando el alcance de la nulidad del RD 1895/83, en relación con las autorizaciones de instalación concedidas a su amparo, contempla tales efectos en su sentencia de 31 de octubre de 1990 desde la óptica de la derogación, teniendo como elemento informador de su juicio lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, precepto que no permite inferir que los efectos de una sentencia estimatoria de un recurso contra una disposición general sean apreciados con la técnica de la nulidad y no de la derogación, y menos extraer la consecuencia que la declaración de nulidad de una norma de carácter general implique la sobrevivencia de la precedente, y así lo viene declarando este alto Tribunal, que en su sentencia de 21 de octubre de 1986, en doctrina recogida por las de 28 de diciembre de 1987 y 30 de enero de 1988, declaró que "la anulación judicial de una norma en su totalidad equivale al acto de derogación y, en consecuencia, tiene idéntico alcance general. No se trata pues, hablando con propiedad, de una eficacia *erga omnes*, la cual supone precisamente un pronunciamiento singular, dotado de una fuerza expansiva, según se dice en otra Resolución de esta Sala, dictada el 25 de octubre de 1984. Se está en presencia simplemente de la desaparición de una norma jurídica y su efecto tan inmediato como automático consiste en dejar sin cobertura a los actos administrativos de aplicación individual", sentencia en la que asimismo se decía que el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo equipara anulación y derogación; siendo de tener presente, por otra parte, que de conformidad a lo prescrito en el núm. 2.º del artículo 2.º del Código Civil, "por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado".» (*Sentencia de 14 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 9923.*)

II. ACTO

Ejecutividad.

1. *Se deniega la suspensión de la ejecutividad de una Orden Ministerial en base a que se podrían generar graves perjuicios para el interés público consistentes en permitir que España no hiciera efectivos los mandatos derivados de normativa CEE.*

«Encaminada la Orden impugnada a facilitar el mejor cumplimiento de la normativa comunitaria, y el interés general del sector pesquero de la flota española, que faena en la zona de regulación de la Organización de la Pesca en

el Atlántico Noroccidental, según se desprende de su contenido y finalidad, es claro que la suspensión de la misma a consecuencia de haberse entablado contra ella el recurso contencioso-administrativo por el cauce de la Ley 62/1978, por la Asociación de Empresas de Pesca de Bacalao, especies afines asociadas, podría generar graves perjuicios al interés público, ya que ello determinaría el que España dejara de cumplir el deber contraído frente a la Comunidad Europea, a consecuencia de su adhesión a esa Organización de señalar los buques que en cada anualidad tienen derecho de pesca en dicha zona marítima, con lo que además se dificultaría la facultad de los buques españoles de pescar en tal zona. Por otro lado, la suspensión solicitada incidiría perjudicialmente en los derechos de los buques de la flota arrastrera congeladora y de la potera, también afectados por la regulación que se establece en la disposición recurrida.

En consecuencia, era correcta la decisión denegatoria de la suspensión a que llegó la resolución judicial apelada, al ajustarse a los términos del artículo 7.º p. 4 de la Ley 62/1978. Por lo que procede la desestimación de la apelación y la condena en costas a la entidad apelante, conforme al artículo 10 p. 3 de la Ley referenciada.» (*Auto de 19 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 9.ª, Ar. 6398.*)

2. Se recoge la doctrina según la cual para suspender la ejecución del acto impugnado debe ponderarse la medida en que el interés público demanda la ejecución y la entidad de los perjuicios que podrían derivar de dicha ejecución.

«La entraña misma del Derecho Administrativo implica siempre una armonización de las exigencias del interés público y de la garantía de los derechos del administrado. A este principio armonizador obedece la figura de la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado que regula el artículo 122.2 de la Ley jurisdiccional.

Y en esta línea, la jurisprudencia viene poniendo de relieve —Autos de 21 y 24 de octubre de 1986, 12 de mayo y 25 de septiembre de 1987, 6 de abril y 12 de mayo de 1988, 21 de marzo y 24 de julio de 1989, 1.º de marzo y 21 de junio de 1990, etc.— que la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido es una medida cautelar para cuya adopción han de ponderarse, por un lado, la medida en que el interés público demanda la ejecución —así lo advierte la magistral Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional— y, por otro, la entidad de los perjuicios que podrían derivar de dicha ejecución —ésta es la exigencia del artículo 122.2 de la citada Ley.

*En el supuesto litigioso —orden de demolición de un tejadillo— no se aprecia razón alguna de interés público que reclame la inmediata ejecución. Ciertamente, los perjuicios que derivarían de ésta son escasos, pero teniendo en cuenta que una demolición es siempre una destrucción de riqueza que puede resultar injustificada en caso de estimación del recurso contencioso-administrativo, resulta procedente mantener la suspensión acordada por la Sala “a quo”, sin que se aprecie base para la formulación de una condena en costas —art. 131.1 de la Ley jurisdiccional.» (*Auto de 24 de julio de 1980, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6681.*)*

3. *Necesidad de motivar el acuerdo de suspensión. Se aplica el principio comunitario resumido en «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón». Derecho a la tutela judicial y apariencia de buen derecho.*

«Hace notar la parte apelante en su escrito de alegaciones que el auto impugnado impide conocer las verdaderas razones de la denegación de la suspensión solicitada, ya que no es más que un impreso en el que se recogen una serie de cláusulas de estilo sobre la doctrina general de la eficacia de los actos administrativos y la presunción de legitimidad de los mismos, impreso que no tiene otra conexión con el asunto que el de la identificación nominativa de las partes y la expresión numérica del proceso a que hace referencia el incidente.

No es la primera vez que este Tribunal Supremo tiene que enfrentarse con actuaciones judiciales de este tipo. Y una vez más debe insistir en que una cosa es la necesidad e incluso la conveniencia de introducir en la Administración judicial criterios de racionalización del trabajo —lo que hace aconsejable la normalización de aquellas partes de una resolución judicial que sean comunes para determinados supuestos— y otra cosa es desconectar del supuesto de hecho concreto sin molestarse en razonar mínimamente su relación con los fundamentos jurídicos que sean de aplicación y que en ocasiones es posible normalizar dada la reiteración con que tiene que pronunciarse sobre ellos un Tribunal de Justicia.

Pero un mero impreso cumplimentado en la forma que se ha dicho antes no puede considerarse suficiente a efectos de respetar el requisito inexcusable de la motivación, requisito sin el que no puede entenderse que se otorga una tutela judicial efectiva al justiciable al que se le deniega su pretensión.

No basta, pues, con reproducir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión. Es necesario razonar suficientemente por qué el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general. Lo contrario implica una actuación arbitraria, y la arbitrariedad está prohibida a los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución—, por tanto, también a los Tribunales de justicia.

Y por ello es necesario subrayar que el uso de impresos tendentes a racionalizar —en este caso, a simplificar— el trabajo de los Tribunales, no es lícito ni legítimo si no se guardan escrupulosamente aquellas garantías cuyo respeto viene exigido por ese derecho de contenido complejo que es el derecho a una tutela judicial efectiva. Entre esas garantías se encuentra, precisamente, la motivación de la decisión adoptada, motivación que consiste en articular, mediante un razonamiento suficiente, el supuesto de hecho con las prescripciones que el ordenamiento contiene. Resumir el derecho aplicable y a renglón seguido decir, sin más, que no se dan los requisitos para otorgar la suspensión solicitada no es motivar, y ello vicia radicalmente aquella decisión.

Pero este Tribunal Supremo, actuando como Tribunal de apelación, encuentra otras razones más profundas para acordar la revocación del auto impugnado. De ello nos ocupamos a continuación.

Aquí nos encontramos con que el acto cuya suspensión se solicita ordena el cese en la actividad de unas cuadras para ganado ovino “en base” —dice— a una determinada sentencia del Tribunal superior de Aragón cuya firmeza no consta y, desde luego, se niega por el apelante sin que se discuta esta negativa por el Ayuntamiento. Y todo ello conecta con otro acto administrativo también *sub iudice* en que se afirma —sin mayor razonamiento— que los hermanos I., aquí apelantes, han incumplido las condiciones de la licencia concedida, haciéndose también referencia a un acuerdo municipal en el que el Ayuntamiento ordena: a) abrir expediente por error técnico cometido en un informe relativo a las naves

de los apelantes; b) que se estudien las posibilidades de legalización de esas naves; así como c) "iniciar el expediente de renovación de la licencia de actividad en base al incumplimiento de las condiciones de la licencia y el desalojo del ganado de las naves".

Es claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que *prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etc.

Por supuesto —y esto debe dejarse perfectamente claro— que haya una *apariencia* de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia, en cuyo caso la sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes.

En todo caso y teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución, la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el artículo 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado general en la sentencia *Factortame* del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 19 de julio de 1990, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal, y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

Este principio general de derecho que, como luego se dirá, fue desvelado ya por este Tribunal Supremo hace varios años y reiterado en varias sentencias, obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto —y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno— lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia —apariencia, insistimos— de buen derecho. Esa apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

Pero es que, además, una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo nacional permite descubrir, cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos —que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano— permite hacer patente.

El artículo 122 de la Ley de la jurisdicción es paralelo al 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y éste sólo puede ser entendido correctamente cuando se le pone en conexión con el artículo 72, general para las medidas cautelares, donde se dice que éstas tienen por finalidad "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer".

Por su parte, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

dice que se acordará la suspensión de los actos impugnados cuando la ejecución “hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad” (nótese cómo este precepto conecta los perjuicios con incapacidad del fallo que en su día se dicte para hacer efectiva la tutela otorgada).

Y, por último, el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redacción de la Ley de 6 de agosto de 1984, admite la adopción de aquellas medidas cautelares “que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere” (el paralelismo entre este precepto y el antes citado artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo es evidente; y que ello sea así no puede sorprender porque el ordenamiento jurídico es, o al menos debe ser, en conjunto coherente, esto es, inteligible; que en este caso la coherencia existe entre la vía revisora judicial y la vía previa administrativa no parece que pueda discutirse).

Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que, contra lo que una estrecha interpretación de aquel artículo 122 de la Ley jurisdiccional parece postular, nuestro derecho nacional —al margen incluso de su inesquivable inserción en el sistema comunitario— alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminar (resolución administrativa o, en su caso, judicial).

Obviamente esto supone una nueva manera de ver las cosas, una nueva forma de entender el mismo artículo 122 de la Ley jurisdiccional que le despoja de las rigideces que una lectura aislada del mismo viene atribuyéndose. Pero esto es lo que ocurre siempre que se acepta una nueva matriz teórica: que se hace patente lo que antes —aunque esta ahí, delante de nosotros— no se alcanza a ver. La nueva matriz teórica tiene expresión en el propio texto constitucional y se llama tutela judicial efectiva. El derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una *apariencia* de buen derecho se hace entonces manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos.

El conjunto normativo descrito manifiesta la existencia en nuestro derecho nacional de un principio general según el cual “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón”, formulado precisamente en estos términos en la sentencia de la Sala 3.ª de este Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1990 (apelación 626/88), y que aparece ya también en otra sentencia de la misma Sala de 20 de marzo de 1990 (apelación 2580/86) con esta otra redacción: “es la Administración la que corre el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal”.

Como se ve, estas declaraciones del Tribunal Supremo de España pueden servir de apoyo también a la tesis del Abogado general que implícitamente acepta el Tribunal de la Comunidad Europea en esa sentencia *Factortame* más arriba citada y que es posterior en unos meses a estas dos nuestras. Porque confirman que existe una común sensibilidad jurídica en los países de esa organización supraestatal a la que pertenecemos, lo que permite afirmar la coherencia de ese ordenamiento jurídico *in fieri* que es el comunitario europeo. Y todavía más recientemente, otra sentencia de la misma Sala 3.ª de este Tribunal Supremo de España ha insistido en el mencionado principio: la de 4 de diciembre de 1990 (apelación 25/88).

Debe decirse, por último, que este principio de nuestro derecho —tanto del nacional como del comunitario— se muestra particularmente fecundo, pues ha

servido tanto para reducir los efectos *ex nunc* de la anulabilidad (Sentencia de 20 de marzo de 1990, citada) como para conseguir actualizar el importe de una indemnización (Sentencia de 4 de diciembre de 1990, también citada).

Sólo resta por decir ya, contestando a lo alegado por el Ayuntamiento en el fundamento 3.º de su escrito de alegaciones, que mientras no haya sentencia firme no puede decirse que se ha otorgado tutela judicial efectiva y, por tanto, subsiste el derecho a una tutela cautelar que, *rebus sic stantibus*, debe otorgarse o, en su caso, mantenerse.» (Auto de 20 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 10412.)

4. *El Tribunal recuerda que en la pieza de suspensión no pueden ser analizadas cuestiones que aludan a la legalidad del acto.*

«Se ha indicado que el Auto apelado se apoya en lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 7/85. En este artículo se dice que “en el caso de que, además, contuviera petición expresa de suspensión del acto o acuerdo impugnado, razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado, el Tribunal, si la estima fundada, acordará dicha suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación”. Y sigue señalando el expresado precepto que “no obstante, a instancia de la Entidad Local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación”. Resulta, pues, de lo que se acaba de exponer que *en los supuestos, previstos en el expresado precepto legal de impugnación de actos y acuerdos de las Entidades Locales que menoscaban competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, se acordará la suspensión del acto o acuerdo de que se trate siempre que de la comparación entre el interés local y el general o comunitario afectados aparezcan como intensas las exigencias de la efectividad de los intereses general o comunitario, de tal modo que cuando dichas exigencias no aparezcan como intensas y resulten de elevada consideración los perjuicios al interés local, es cuando se podrá denegar la suspensión solicitada o dejarse sin efecto la ya acordada.*

En su escrito de alegaciones el Ayuntamiento apelante hace una serie de consideraciones que se refieren fundamentalmente al fondo del asunto, y así se alude a que las licencias en el puerto estaban suspendidas y a que las obras litigiosas se estaban efectuando sin haber realizado al menos el trámite del artículo 180.2 de la Ley del Suelo de 1976, pero sabido es que esta Sala viene declarando con reiteración que *en la pieza de suspensión no pueden ser analizadas cuestiones que aludan a la legalidad del acto de que se trate por referirse al fondo del asunto a analizar en los autos principales*. Y al exponer en concreto los perjuicios que a su entender se derivan de las obras de que se trata, el indicado Ayuntamiento expresa “que van a ser irreparables para la futura ordenación urbanística del puerto”, pero sin expresar las razones de dicha afirmación.» (Auto de 28 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9306.)

III. CONTRATOS

A) *Convenio.*

Entre la Administración del Estado y Colegio Profesional. Naturaleza contractual. Interpretación de conformidad con la Ley de Contratos. Nulidad por incompetencia del órgano contratante y por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

«Concretado el presente recurso contencioso-administrativo a la conformidad a Derecho de las resoluciones recurridas anulatorias del convenio suscrito de 24 de noviembre de 1982, entre el Ministerio de Educación y Ciencia y el Presidente del Colegio recurrente por concurrir en el convenio impugnado las causas de nulidad previstas en el artículo 47.1.a) y c), las alegaciones del recurrente han de ser examinadas en relación con dicho acto, sin que puedan hacerse pronunciamientos relativos a otros actos no recurridos en este proceso contencioso-administrativo. El Colegio demandante sostiene a este respecto que el convenio litigioso es una ampliación de un convenio anteriormente celebrado entre las mismas partes el 27 de febrero de 1970, por virtud del cual el Colegio demandante quedó encargado de la conservación de la zona histórico-artística del ala sur del edificio que fue la sede de la Facultad de Medicina del Hospital de San Carlos en Madrid, pudiendo, una vez realizada la restauración, utilizar la edificación para sede social y para celebrar actividades culturales y científicas. Sin embargo, el examen de la documentación aportada no permite establecer esa conclusión, sino la de que el convenio impugnado, no obstante la identidad de partes, la común naturaleza y el paralelismo de su redacción y contenido por referirse ambos al mismo edificio y ser análogas las prestaciones convenidas, es un convenio distinto del anterior ya que el objeto de ambos convenios era diferente al referirse a alas o porciones distintas del edificio y no establecerse en el segundo ninguna relación de causalidad o dependencia respecto al primero.

El convenio que se anula por las resoluciones recurridas se califica certeramente por el Consejo de Estado, en el informe obrante en las actuaciones, como "concierto de voluntades de la Administración y de la Corporación Colegial en relación con las obligaciones que las partes asumen consistentes éstas en la conservación y ejecución de las obras de restauración del inmueble por parte del Colegio y en el otorgamiento de un título de uso modal y privativo del mismo por la Administración del Estado, título éste que se identificó como una autorización de las contempladas en el artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

Siendo su objeto la cesión, a cambio de la ejecución de una obra, de una parte de un inmueble afectado al servicio, se trata de un acto de disposición en favor de un ente público pero con fines privados, referido a un edificio que tiene carácter demanial y afectado al servicio de la Enseñanza y adscrito al Ministerio de Educación y Ciencia (según las fichas que obran en el expediente).

Por ello, es evidente que para la celebración de ese acuerdo era necesaria la incoación del oportuno expediente administrativo en el que se acreditase la necesidad o conveniencia del acto de disposición efectuada con la intervención de los organismos interesados y obtenerse el preceptivo informe del Ministerio de Economía y Hacienda previsto en el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado para las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público. Sin embargo, en el presente caso no se ha abierto tal expediente ni recabado esos informes.

Por otra parte, la naturaleza contractual del convenio de cooperación litigioso resulta de las obligaciones recíprocas convenidas. Por ello, aunque excluido del

ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Estado (art. 2.4), quedaba sujeto a los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse (art. 2.4 final); y entre ellos a los que se establecen en materia de fines, forma y condiciones conforme a los artículos 11, 12, 13 y 14 de esta Ley, ninguna de cuyas previsiones aparecen cumplidas en el convenio celebrado.

El cambio de la afectación del edificio de la antigua Facultad de Medicina de San Carlos que se operaba en virtud del convenio anulado por la Administración, desde un servicio de Enseñanza al de sede de reuniones corporativas, culturales y científicas del Colegio con una zona para médicos jubilados, implica, además, una concesión, que requería el cumplimiento de las condiciones fijadas en el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado, especialmente del informe del Ministerio de Hacienda y la fijación del plazo de la concesión. Tampoco se han cumplido estos requisitos. La alegación del recurrente de que esas condiciones han de realizarse *a posteriori* por la Administración como requisitos de la titulación del uso, ofrecida después de la restauración del edificio, no puede ser aceptada, atendida la naturaleza dispositiva del acto que exigía la previa concesión o autorización para la celebración del acuerdo con el fin de cumplir los requisitos que para aquel acto exige la Ley de Patrimonio del Estado. La incompetencia del órgano contratante para acordar tal cesión sin cumplir las previsiones legales era, por tanto, manifiesta a los efectos del artículo 47.1.a), invocado en las resoluciones recurridas, conforme al artículo 40.1, también de la Ley de Procedimiento Administrativo.» (Sentencia de 26 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 10149.)

- B) *Revisión de precios y riesgo razonablemente imprevisible. Debe revisarse el precio del contrato de obra, pese a no superarse el 2,5 del presupuesto del contrato, si se aprecia una alteración sustancial del precio de un factor de producción que no pudo preverse en su momento.*

«Expuesto lo anterior en el supuesto de actual referencia la reclamación actuada por la parte demandante no ha de sustanciarse fuera de la relación jurídico-contractual que liga a la Administración y al contratista, dentro de la cual los perjuicios económicos para este último se produjeron; pudiendo afirmar que no es aplicación la doctrina del *factum principis* ni ha de tener fundamento la indemnización reclamada en "un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" a que aluden el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado o en los artículos 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa. Así —como antes se dice—, centrandó la actual pretensión de la demanda en el seno de la relación contractual que vincula a las partes que la celebraron, hay que centrar el problema en torno a la posibilidad de aplicar algunas excepciones al principio del "precio cierto" que ha de existir en toda contratación como la de referencia; mas, sin entrar en el estudio de la evolución histórica del "principio de riesgo y ventura" que informe a aquélla, cabe señalar el cambio de sentido que en la doctrina y en la jurisprudencia ha experimentado la dogmática del contrato administrativo de ejecución de obras, admitiendo ciertas excepciones o quiebras del aludido principio de "riesgo y ventura" en relación a supuestos concretos. Pues bien, en lo que aquí importa se han de examinar las excepciones de la "revisión de precios" y de la "imprevisión razonable" del cambio de circunstancias que movieron a las partes para contratar.

Es cierto que tanto la doctrina del *factum principis* como la de la "alteración de las circunstancias" —el tradicional *rebus sic stantibus*—, y la del "riesgo

imprevisible" —*grundgeschäft*—, pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de "circunstancias sobrevenidas", como excepción admitida al principio fundamental *contractus lex*, cuando se trata del contrato administrativo de obras que han sido objeto de una regulación legal específica, a través de la figura jurídica de la "revisión de precios", encontrándose su regulación vigente integrada básicamente por el Decreto-Ley 2/1964, de 4 de febrero, y sus disposiciones reglamentarias —sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983—.

Pero también es cierto que cuando dicha figura de la "revisión de precios" deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo precaver, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible", como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato.

Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios"; es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes.

Pues bien, en el supuesto de actual referencia, la sucesiva elevación del precio hasta alcanzar la suma que después se dirá, de un producto utilizado necesariamente en la obra contratada, como es el "ligante asfáltico", si bien no determinó la imposibilidad de ejecución de la obra —imposibilidad no deseada por ninguna de las partes contratantes—, sin embargo dicha excesiva elevación de precio del aludido producto hizo sumamente oneroso el cumplimiento para el contratista de las prestaciones a las que se había obligado, pues los nuevos precios al alcanzar elevaciones razonablemente imprevisibles, aun empleando una especial diligencia, vinieron a modificar la estructura de los costes de la obra, con lo que es evidente la producción de una ruptura del primitivo equilibrio económico contractual. Sin que se pueda desconocer que —aunque no sea de aplicación al caso concreto— la misma Administración reconoce en el Preámbulo del Real Decreto 2167/1981 "las desproporcionadas elevaciones de precios de los productos asfálticos".

Otros dos argumentos que inducen a acceder a la indemnización compensatoria de perjuicios por la elevación de los precios de "ligantes asfálticos" antes meritada son, por una parte, la situación de desigualdad que produce la aplicación del Real Decreto 2167/1981, de 20 de agosto, para las adjudicaciones posteriores a la vigencia del mismo, cuando los anteriores sufrieron semejantes elevaciones de los precios encontrándose en iguales circunstancias; y, por otra, el empobrecimiento injusto que el contratista tendría que sufrir, a pesar de que la Administración reconoce el hecho de la elevación imprevista de los precios y mantiene a ultranza los precios de licitación, lo que produce a su vez un enriquecimiento injusto para esta última.

La referencia a la regla que contiene el párrafo 2 del artículo 4.º del Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, aplicada por "analogía", aceptada por la Administración demandada, como determinante de un límite cuantitativo a fin de valorar si se ha producido un desequilibrio económico lo suficientemente importante o significativo, para poder superar la norma general del "riesgo y ventura" insita en toda contratación de obras, excluyendo en caso de no ser superado

—límite de 2,50 por 100 del presupuesto de contrata—, los efectos de la doctrina del “riesgo imprevisible” razonable anteriormente expuesta, no es de recibo en el supuesto de actual referencia; porque, aparte de que la Administración lo emplea “en defecto de mejor criterio”, no se puede desconocer que esta última doctrina ahora aplicada —riesgo imprevisible razonable— se construye sobre un elemento importante, que no puede cuantificarse exactamente para todos los supuestos, cual es el de su “relevancia y significación” en el contexto total de la contratación a la que se aplique, como presupuesto intelectual a tener en cuenta en el momento de que se acudió a la licitación en el que ni siquiera se podía sospechar ni por el más diligente la desorbitada elevación de los precios de los “ligantes” en cuestión. Así, en el supuesto de actual referencia se halla reconocido por la Administración, entre el 27 de octubre de 1977, fecha de apertura de los pliegos de licitación, y el 28 de febrero de 1982, fecha de la última certificación de unidades de obra en la que se emplearon “ligantes asfálticos”, el precio en el mercado del “betún asfáltico” creció desde 8.000 pesetas por tonelada a 23.000 pesetas por tonelada, lo que representa un aumento del 185,5 por 100. Pues bien, efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, que sirven tanto al Ingeniero-Director de la Obra —impuesto en la contratación— como luego al Pleno del Consejo de Obras Públicas, en su sesión de 10 de septiembre de 1977, para cuantificar el concepto indemnizatorio, permite que sea fijada en la misma cantidad reclamada por la entidad demandante, en la cifra de dos millones trescientas noventa y cinco mil seiscientos dieciocho pesetas.

Pasando ahora al estudio de la última cuestión planteada en la demanda, relativa al abono de intereses legales derivados de la demora en el pago de dicha suma, se ha de tener en cuenta que dicha exacta cantidad, que se reconoce en esta sentencia como procedente, ha venido siendo solicitada por la entidad actora desde la vía administrativa, cuya cantidad es susceptible de determinar mediante una simple operación aritmética, por lo que ha de ser calificada como cantidad líquida exigible, por la que ha de devengarse los intereses legales correspondientes. Mas como quiera que esta última y concreta pretensión no fue deducida en vía administrativa, la fecha inicial de su devengo ha de fijarse al momento en que la demanda fue presentada —28 de septiembre de 1989—, hasta la fecha en que la cantidad líquida adeudada sea efectivamente abonada por la Administración a la entidad reclamante.

Por todo lo anteriormente expuesto se han de declarar no ser conformes a derecho y por consiguiente han de ser anulados los actos administrativos al presente combatidos; reconociéndose en su lugar el derecho de la entidad demandante a ser indemnizada por la Administración demandada, en la cantidad de dos millones trescientas noventa y cinco mil seiscientos dieciocho pesetas —2.395.618 pesetas—; más los intereses legales de dicha suma adeudada desde el momento de la interposición de la demanda —28 de septiembre de 1989—, hasta la fecha en que se realice su efectivo pago.» (*Sentencia de 26 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 9646.*)

- C) *Intereses. Ante el silencio de la Ley de Contratos se reconoce el deber de la Administración de pagar los intereses correspondientes a las cantidades ya debidas en concepto de intereses de demora, desde que éstos son reclamados, por aplicación de las normas del Código Civil.*

«La representación del Estado ha recurrido en apelación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) que, estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por C. A., S. A., anula las seis resoluciones de la Junta de Construcción, Instala-

ciones y Equipo Escolar y las seis del Ministerio de Educación y Ciencia que se especifican en el fallo y se condena a la Administración demandada a pagar a la recurrente la suma de 23.440.975 pesetas en concepto de demora de las liquidaciones provisionales de las obras contratadas más los intereses de esa cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda contencioso-administrativa, origen del presente recurso, hasta su efectivo pago. En el escrito de interposición del recurso, el Letrado del Estado manifestó su conformidad con el abono de los intereses de demora por las obras a que se refiere el expediente administrativo y mantuvo el recurso solamente al reconocimiento de intereses legales de los intereses de demora, invocando que el artículo 1109 del Código Civil no es de aplicación en la contratación administrativa, ya que existen normas específicas en la Ley de Contratos del Estado sobre los supuestos en que procede el abono de intereses, por lo que no existe laguna legal que lleve a la aplicación del Código Civil como se ha hecho en la sentencia apelada.

El recurso de apelación se limita, pues, a la solicitud de revocar la sentencia apelada sólo en cuanto impone a la Administración el pago de los intereses legales de los intereses de demora "como una necesaria consecuencia de la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1109 del Código Civil cuyo devengo se produce desde la fecha de la interposición de la demanda".

La extensión al régimen de los contratos del Estado del llamado "anatocismo legal" de los intereses vencidos desde que son judicialmente reclamados "cuando la obligación haya guardado silencio sobre este punto"; de acuerdo con el citado artículo 1109 del Código Civil, viene implícito en el régimen jurídico de los contratos que celebre la Administración, conforme al artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado que establece la aplicación de las normas de Derecho Privado en defecto de las normas del Derecho Administrativo. No existiendo una regulación administrativa específica en esta materia —pues los artículos 47 y 57 en relación con los artículos 144, 172 y 176 de la misma Ley se refieren al derecho del contratista de reclamar y a la correlativa obligación de la Administración de pagar intereses legales a partir de los plazos que determina en caso de demora en el pago de las certificaciones— ha de entenderse que la obligación "guarda silencio" en el extremo del abono de los intereses legales de aquella cantidad que representa los intereses de demora desde la fecha de su reclamación judicial y, por tanto, que se aplica lo previsto en el Código Civil en la materia.

En consecuencia, la demora de la Administración en el pago de la cantidad adeudada en concepto de esos intereses, a tenor de la ordenación administrativa, produce el efecto legal de obligar al pago de los intereses de la cantidad determinada que debió ser pagada en su momento por aquélla. En el ámbito de las obligaciones que se derivan para la Administración de un contrato de obra pública, las peculiaridades, en relación al contrato civil de arrendamiento de obras, derivadas del Derecho Administrativo no pueden extenderse a extremos no consignados expresamente en la ordenación administrativa y que redundarían en perjuicio del contratista.» (*Sentencia de 2 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6580.*)

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

1. *Autonomía. País Vasco. El nivel de autonomía establecido en la LBRL suprimiendo el control de los actos locales en materia tributaria por tribunales económico-administrativos no puede ser desconocido por la normativa de los territorios históricos.*

«Sin desconocer el mérito de la recopilación y examen de los antecedentes históricos que la sentencia apelada realiza, para la resolución del presente recurso hay que partir de la situación existente en el Estado español en el momento en que se aprueba la norma foral impugnada, es decir, en el año 1986, puesto que la misma evolución histórica recogida en las numerosas disposiciones de distinto rango que la sentencia menciona, pone de manifiesto que la evolución de la competencia y funciones de los tribunales económico-administrativos forales, ha sido paralela a la de la competencia y funciones atribuidas a los tribunales de esa misma naturaleza en el resto del Estado, por lo que no existe motivo alguno para que en el momento presente se prescindiera de ese paralelismo y se siga manteniendo para la fiscalización de los acuerdos de las Corporaciones Locales del País Vasco, una medida que ha sido suprimida para el resto de los Ayuntamientos del Estado. Pero es que, además, no es válido el argumento de que la Ley de Bases y el Texto Refundido que la desarrolla sean de mera aplicación supletoria al País Vasco, porque los razonamientos en los que se basa la sentencia apelada no permiten llegar a tal conclusión. Se invoca para ello el artículo 133 de la Constitución, que nada resuelve, puesto que se limita a reconocer a las Comunidades Autónomas competencia para exigir tributos y esta competencia no es objeto de discusión. Lo mismo puede decirse de la invocación de la disposición adicional primera de la Constitución, que se limita a amparar y respetar los derechos históricos de los territorios forales, añadiendo que la actualización general del régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, ya que la discusión parlamentaria pone de manifiesto que el origen de la mencionada disposición se produjo respecto del principio de soberanía y en el presente caso no nos hallamos ante uno de tales derechos históricos que afecte a la libertad e independencia del pueblo vasco, sino ante la posibilidad de que los Acuerdos de los Ayuntamientos en materia económico-fiscal puedan o no ser fiscalizados por los órganos de la propia Administración, o deban seguir el régimen de los restantes Municipios del Estado, lo que no puede elevarse al rango de derechos históricos de los mencionados en la disposición adicional primera de la Constitución. Lo mismo puede decirse del Real Decreto Legislativo de 12 de diciembre de 1980, que en su disposición adicional única se limita a decir que de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley de 22 de septiembre de 1980, en los territorios forales, las normas de este Real Decreto se aplicarán de conformidad con lo preceptuado en los respectivos Estatutos de Autonomía o Convenio Económico en su caso, estableciendo a su vez la disposición adicional primera de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas de 22 de septiembre de 1980 —que es la citada por el Real Decreto Legislativo de 1980— que el sistema foral tradicional de concierto económico se aplicará en la Comunidad Autónoma del País Vasco, de acuerdo con lo establecido en el correspondiente Estatuto de Autonomía. Ninguno de los preceptos que se examinan permite llegar a la conclusión de la supletoriedad de la Ley de Bases de Régimen Local y de su Texto Refundido.

Es cierto que la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980, mantiene en su artículo 20 las reclamaciones económico-administrativas, pero lo hace para los actos dictados por las respectivas administraciones en materia tributaria, tanto respecto de cuestiones de

hecho como de derecho: a) cuando se trate de tributos propios de las Comunidades Autónomas o sus propios órganos económico-administrativos; b) cuando se trate de tributos cedidos a los órganos económico-administrativos del Estado, lo que no resuelve la cuestión planteada ya que no nos hallamos ante un debate sobre si existe o no la vía económico-administrativa, sino ante otra cuestión diferente, que es si subsiste dicha reclamación contra los actos o disposiciones de los Ayuntamientos en materia de imposición municipal no comunitaria y la Ley, como hemos visto, se refiere a los tributos propios de la Comunidad.

Lo mismo ocurre si acudimos a lo dispuesto en la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, que aprueba el Estatuto de Autonomía del País Vasco, ya que el precepto aplicable será el número 1 del artículo 41, según el cual "Las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenio", lo que se desarrolla en los apartados siguientes, entre los cuales interesa destacar el apartado a) del párrafo 2, según el cual el contenido del régimen económico del Concierto respetará y se acomodará a los siguientes principios: a) las Instituciones competentes de los territorios históricos podrán mantener, establecer y regular dentro de su territorio el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma. Tampoco este precepto por sí solo resuelve la cuestión, ya que en primer lugar no parece posible entender incluido dentro de la denominada estructura general impositiva el régimen de reclamaciones contra los actos de gestión o aprobación de ordenanzas y, en segundo término, porque lo que el Estatuto dice es que al dictar las normas se atenderá a las dictadas para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado que se contengan en el Concierto y a las que el Parlamento dicte para el mismo fin. Como anteriormente se ha razonado, el Concierto Económico, aprobado por Ley de 13 de mayo de 1981, dispone en su artículo 45.2, en primer lugar, que la tutela financiera que desempeñaba el Estado es asumida por las Diputaciones Forales y, en segundo término, que esta asunción de competencias no significa en modo alguno un nivel de autonomía de las Corporaciones Locales del País Vasco inferior a las que tengan las del Régimen Común. Lo anteriormente expuesto permite concluir que cuando la Ley de Concierto dice que las facultades de tutela financiera que en cada momento desempeñe el Estado en materia de imposición y ordenación de los respectivos tributos corresponderán a las respectivas Diputaciones Forales, no comporta que si el Estado dejara de desempeñarlas en el Régimen Común pueda seguir con ellas la Diputación Foral, porque entonces entraría en juego el límite infranqueable de la cuota de autonomía lograda por el resto de las corporaciones locales no aforadas.» (*Sentencia de 5 de octubre de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8282.*)

2. *Orden público. Facultad de intervenir las actividades de los ciudadanos mediante órdenes individuales. La orden de supresión de un aparato de alarma, que tiene cobertura en el artículo 84.1 de la LBRL, no es, además, un acto sancionador y, en todo caso, va dirigida a la protección del orden público.*

«Para la decisión de este recurso son relevantes los siguientes datos: 1) La Asociación de Vecinos del Ensanche de Figueras, el 25 de febrero de 1986, formuló escrito ante el Alcalde de dicha localidad denunciando las molestias producidas a causa de que el actor, en reiteradas ocasiones, especialmente a altas horas de la noche y de la madrugada, ponía en funcionamiento la sirena de

la alarma instalada en su domicilio, dando como razón de su proceder los malos olores procedentes de la casa de uno de sus vecinos, concretamente el del señor P. 2) Que la Policía municipal comprobó la veracidad de los hechos expuestos añadiendo que se habían producido en infinidad de ocasiones sin que, a pesar de las gestiones realizadas, se hubiere logrado un arreglo de la citada cuestión. 3) Que los Servicios Técnicos Municipales, el 14 de agosto de 1986, informaron en el sentido de que no había ningún indicio material en el domicilio del citado señor P. de que en el mismo se desarrollara algún tipo de actividad susceptible de producir los alegados malos olores; adoptándose, consecuentemente, los acuerdos impugnados.

La actora para alcanzar su objetivo anulatorio ha articulado estos motivos: 1) Incompetencia municipal en materia de autorización de aparatos o señales de alarma. 2) Improcedencia de la decretada eliminación del referido aparato de alarma. 3) Inobservancia del trámite sancionador de los artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo; y todos ellos son inviables por estas razones; los dos primeros porque *la actuación municipal viene amparada por lo dispuesto en el artículo 84.1.c) de la Ley 7/85, de 2 de abril, que faculta a las Corporaciones Locales a intervenir la actividad de los ciudadanos mediante órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o a la prohibición del mismo, así como por lo establecido en los artículos 1.º, 5.º y 6.º del Reglamento de Servicios, que autorizan a los Ayuntamientos a intervenir en aquella actividad de existir perturbación grave de la tranquilidad ciudadana con actos congruentes con los motivos y fines justificantes de la realizada intervención, condiciones que se estiman concurrentes en este caso, pues la medida adoptada fue adecuada con la reiterada y persistente actitud del actor carente, a tenor de las pruebas obrantes en este proceso, de suficiente justificación; no cabiendo alegar la falta de competencia municipal en materia de alarmas colocadas en domicilios particulares, cuando esos aparatos no son utilizados como tales sino como un elemento productor de ruido; y el tercero por entenderse que la observancia de los trámites recogidos en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo sólo sería exigible de haberse impuesto al demandante algún tipo de sanción, pero no cuando la Administración se ha limitado a adoptar las medidas necesarias para la restauración del perturbado orden jurídico.*

Por no apreciarse mala fe ni temeridad no se hace expresa condena en costas.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada.

Los razonamientos del Tribunal *a quo* que, por ajustarse al Ordenamiento jurídico aplicable al caso, hemos aceptado en su integridad, relevan de mayores consideraciones para que proceda desestimar el recurso de apelación que nos ocupa, ya que quien lo promueve no hace ahora más que reproducir lo que había alegado en primera instancia, a pesar de que puntual y acertadamente se había rechazado por la sentencia que impugna.

No se trata, en efecto, de si la Autoridad municipal tenía o no competencia para autorizar la instalación de un aparato de alarma o para impedir el uso del que se hubiera instalado sin la que fuera necesaria, sino de si, con base en genéricas facultades concedidas por los preceptos citados en referida sentencia, tenía, en concreto, la de impedir el uso que de aquél venía haciendo el apelante para una finalidad totalmente distinta de la que es exclusivamente propia, sin que haya duda alguna de que la poseía, si ésta se desviaba —como está probado que lo fue—, al estar obligada a impedir en beneficio de la población el efecto lesivo que para ésta necesariamente ha de producir el funcionamiento —aunque en su momento adecuado— de esta clase de aparatos, es decir, a procurar que

los mismos no se accionen injustificadamente o de manera arbitraria y caprichosa, y, por supuesto, en casos que sean los que excepcional y concretamente justifican su instalación y funcionamiento.

Por esto, a quien, como el apelante, denuncia una falta de proporcionalidad, por parte de la Autoridad, entre el hecho determinante de la medida adoptada y la medida misma, hay que responder que, por el contrario, donde no se detecta la más mínima proporción es entre la réplica que con la puesta en funcionamiento por su parte del aparato de alarma y las molestias que la conducta o actividad de uno de sus vecinos le podía ocasionar, no solo porque, aun dando por cierto que existieran, remedios legales están al alcance de aquél para exigir de la Autoridad correspondiente la adopción de las medidas que para el caso proceden, sino también porque, al reaccionar del modo inusual en que lo hizo, no era sólo el vecino el destinatario de la reacción, sino la totalidad del vecindario de la zona, además de que, precisamente, el medio empleado no era el adecuado para poner fin a las molestias que se vinieran padeciendo.

Por último, *no es válido alegar que no se siguió en este caso el procedimiento sancionador establecido al efecto, porque el primero de los fundamentos que anteceden revela que la medida adoptada no constituía una sanción en sentido propio, y así lo reconoce, al menos implícitamente, el mismo apelante, para el que lo que se le debió imponer fue una "sanción" de multa, y sin que tampoco podamos compartir su afirmación de que se vulneró el principio constitucional de legalidad porque la citada medida no se encontraba previamente tipificada en ningún precepto legal, ya que, aunque ciertamente es así, ningún legislador —por casuista y previsor que sea— puede imaginar en su singularidad esta sorprendente y anormal conducta, siendo suficiente, por tanto, con que de un modo genérico —tanto en la esfera penal como en la administrativa— se refiera a actuaciones, conductas u omisiones que de cualquier modo puedan afectar a concepto tan indeterminado, pero determinable por los Tribunales en todo caso, como el denominado "orden público".*» (Sentencia de 9 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6327.)

3. *Iniciativa económica. La adquisición de libros de texto para su venta posterior a los escolares a precio más barato constituye el ejercicio de una competencia municipal, sin que frente a la misma pueda reclamarse indemnización por los daños causados a los libreros.*

«Resulta que, fundamentalmente, por parte de la Corporación Local se con-signa dentro de los presupuestos una partida específica para la adquisición de libros que posteriormente son donados a los escolares con la intervención mediadora de los Consejos de las Asociaciones de Padres de Alumnos quienes proceden a la distribución, si bien en las actuaciones del expediente administrativo consta que en anualidades anteriores dicha adquisición se producía en relación con la compra de libros de segunda mano y a partir de 1985 el Ayuntamiento presupuesta unas cantidades que en dicho año se elevan a la suma de ocho millones de pesetas, para atender la referida compra, si bien se pone de manifiesto que deberán ser sufragados en parte los gastos de la referida adquisición con una cantidad que deberá ser abonada por los padres. Tal situación entiende la Sala que no es reconducible a la teoría de la responsabilidad patrimonial derivada de un funcionamiento anormal de un servicio público, puesto que en todo caso el Ente Local, con fundamento en la previsión contenida en el artículo 25 de la Ley de Bases 7/85, de Régimen Local, ejercita las facultades prevenidas en los apartados taxativos que contiene dicho texto legal, sin olvidar que en el apartado del referido artículo 25 se contiene la previsión de que la Corporación Municipal participará en la programación de la enseñanza y cooperará con la administra-

ción educativa en la creación, construcción y sostenimiento de centros públicos, intervendrá en sus órganos de gestión y participará en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, circunstancia que en todo caso se desarrolla igualmente en la Ley Orgánica 8/85, de 3 de julio, sobre el derecho a la educación, de forma que el Consejo Escolar de los Centros Públicos no universitarios permite en su composición la integración de un Concejal o representante del Ayuntamiento en cuyo término municipal se halla radicado el centro, y en la disposición adicional segunda de la referida Ley se establece que el marco de los principios constitucionales y de lo establecido por la legislación vigente *las Corporaciones Locales cooperan con la administración educativa en la creación, construcción y mantenimiento, así como en la vigilancia de la escolaridad obligatoria, circunstancias que llevan a entender que no se trata, como afirma la parte actora, de una extralimitación o abuso competencial por parte del Ente Local, sino del cumplimiento de los fines que le son propios.*

En el caso examinado, a mayor abundamiento, no existe ese daño consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, y no es aplicable la responsabilidad como secuela de un riesgo que pudiera suponer la actividad administrativa o que se produjera por actos materiales o de hecho que causaren perjuicios a los administrados, sino que, fundamentalmente, son de aplicación los criterios tenidos en cuenta no ya en la precedente regulación del artículo 45 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales respecto de la provincialización o municipalización de servicios, sino la previsión contenida en el artículo 96 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local que reconoce en el referido precepto: *"la iniciativa de las entidades locales para el ejercicio de las actividades económicas cuando lo sean en régimen de libre concurrencia podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes", circunstancia que entiende la Sala concurre en el caso examinado, puesto que se ejercita una actividad municipal, que no se practica en régimen de absoluto monopolio sino en un sistema de libre concurrencia, que afecta esencialmente al interés público y general cual es precisamente la adquisición de libros destinando una partida presupuestaria para facilitar la adquisición por los escolares, y en todo caso permitiendo que los padres abonen una cuantía más reducida del precio de los mismos. Dicha actividad, en definitiva, queda englobada dentro del conjunto de actividades del municipio, sin que suponga mengua o menoscabo de una actividad lícita comercial ejercitada por la representación de la parte actora, y sin perjuicio del ejercicio de posibles acciones civiles o enmarcables dentro de la competencia ilícita que quedarían al margen de este estricto proceso contencioso-administrativo.*

Los razonamientos precedentes conducen a la desestimación de la pretensión y no apreciándose especial temeridad ni mala fe y en aplicación del artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede hacer expresa imposición de costas a la parte actora.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada.

Ante numerosas quejas de padres de escolares de San Fernando de Henares, porque sus hijos recibían libros muy usados al comienzo de cada curso proporcionados por el Ayuntamiento de dicha localidad como ayuda económica, en 1985, el referido Ayuntamiento decidió dedicar, en principio, 8 millones de pesetas en su presupuesto para atender a la compra de libros nuevos suministrados por diversas editoriales y distribuidoras, con un descuento del 25 por 100 de

su precio y con pago aplazado de un año; libros que se donaban a los escolares satisfaciendo los padres el resto del valor de cada ejemplar, lo que siempre suponía un ahorro considerable a las economías domésticas. En fecha 28 de julio de 1986, la Federación Provincial de Libreros y Papeleros de Madrid dirigió escrito al citado Ayuntamiento, en reclamación de la suma de cinco millones ciento cincuenta y cuatro mil quinientas pesetas, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los libreros de San Fernando de Henares; reclamación que se hacía al amparo de los artículos 122 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por estimar que concurrían los requisitos exigidos para ello por la jurisprudencia en la interpretación de tales preceptos, como consecuencia de la reseñada actuación del Ayuntamiento. Contra la denegación presunta por silencio administrativo de tal reclamación, la Federación interpuso recurso contencioso-administrativo que, tramitado en la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, terminó con sentencia desestimatoria del mismo en la que se considera que no concurren los requisitos exigibles para que prospere la reclamación; y porque *el Ayuntamiento ha actuado las facultades que en orden a una preferente atención social y educativa le otorgan los artículos 25 de la Ley de Régimen Local de 1985, la Ley Orgánica 8/85, de 3 de julio, sobre Educación y cooperación municipal, así como el artículo 45 del Reglamento de Servicios y 96 del Texto Refundido de Disposiciones Locales de abril de 1986.*

Apelada la sentencia por la Federación recurrente, insiste en los argumentos ya empleados en la instancia, centrando su discrepancia con la resolución apelada en que "la cuestión a debatir en el presente recurso de apelación consiste en si la venta realizada por el Ayuntamiento de San Fernando de Henares fue o no legal", ya que la actuación administrativa se fundamenta no en el principio de autonomía de la voluntad como los particulares, sino en el principio de legalidad proclamado en los artículos 1.1 y 103.1 de la Constitución y 6 de la Ley de Régimen Local. Efectivamente, la Administración sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley y al Derecho. Y eso es lo que ha hecho el Ayuntamiento de San Fernando de Henares, según se desprende del propio relato fáctico de la Federación recurrente, como ha reconocido la sentencia de instancia; aunque es preciso matizar algunos aspectos del mismo. En primer lugar, *el Ayuntamiento no ha desarrollado una actividad comercial en el sentido estricto de la misma con finalidad de obtener un legítimo lucro por estar dentro de los márgenes establecidos. No se ha dedicado a vender libros para obtener una ganancia, sino que, en la línea iniciada en 1981 de ayuda a los padres de familia con hijos en edad escolar, ha abandonado la compra de textos ya usados y se ha decidido por la adquisición de textos nuevos a entidades (distribuidoras y editoriales) que los venden a precios y plazos muy ventajosos para poder llevar a cabo esa tarea eminentemente social, siendo las Asociaciones de Padres de Alumnos (APAS) las que gestionan la compra y distribución de los libros; en segundo lugar, esa actividad no ha causado daño alguno.*» (Sentencia de 14 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9972.)

V. DOMINIO PÚBLICO

Subsuelo.

Las dependencias anejas a una vivienda que ocupan el subsuelo de una vía pública municipal son bienes de dominio público municipal, y por tanto imprescriptibles. Tal ocupación del subsuelo sin título es ilegal, y no se tiene derecho a ser indemnizado por los daños causados a dichas dependencias por la realización de obras públicas en la vía.

«Combaten los accionantes, en las dos instancias, al no haber prosperado su pretensión en la primera, los acuerdos del Ayuntamiento de Borriol (Castellón), el primero expreso, fechado el 31 de mayo de 1984, y el segundo presunto, en la reposición, en cuanto les requirieron para dejar expedita la vía pública municipal, con percibimiento de que, de no hacerlo, se realizaría por la propia Corporación.

Conviene destacar, por lo extraordinario del caso, la forma en que se han producido los hechos, origen del proceso que nos ocupa: hechos que arrancan de los trabajos efectuados frente a la casa de los actores, para la instalación de alcantarillado, por encargo del Ayuntamiento, y a la producción de un socavón, por la pala excavadora, que puso al descubierto la existencia en dicha casa de un habitáculo, incorporado a la misma; socavón que originó humedades y malos olores en la dependencia contigua, situadas ambas en el subsuelo, y la primera, debajo de la aludida vía pública.

En la demanda, los actores tachan a la Administración municipal de haber actuado por vía de hecho, incidiendo su acuerdo, según ellos, en una nulidad de pleno derecho, conforme a lo tipificado en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, a la vez que le exigen responsabilidades por los perjuicios causados en su finca.

Tiene que recurrir la defensa de los recurrentes a diversas sutilezas para poder compatibilizar estas pretensiones con su franco reconocimiento de que *la habitación descubierta por el socavón referido, al ocupar el subsuelo de una vía pública municipal, goza de la misma naturaleza que éste, es decir, la de un bien de dominio público de Municipio y, por lo tanto, imprescriptible.*

Mas, alterando el orden de factores, en la relación de causalidad de los daños sufridos por sus defendidos, los imputa al Ayuntamiento, por ser los ejecutores de una obra pública municipal, que directa y materialmente los ha producido.

Al opinar o razonar así, elude el hecho evidente de que mal podían imaginar los operarios de la obra de alcantarillado de que, a pesar de trabajar en plena calle, se encontraban a poca distancia, y por encima, de una habitación construida en ese subsuelo, ampliando a ese nivel, clandestinamente, el espacio habitable de la casa en cuestión.

Se trata, pues, de un hecho inesperado, extraordinario e imprevisible, alejado por completo de las situaciones extensibles y manifiestas, ante las que la Administración puede reaccionar adoptando las medidas de autotutela en las formas previstas en el ordenamiento.

Por ello, los dueños y ejecutores de esta construcción, sean los actuales o los anteriores, lo que aquí es indiferente, por no enjuiciarse conductas personales, sino situaciones materiales y objetivas, de las que se derivan obligaciones *ob rem*, son la causa del mal causado, o la causa de la causa de ese mal. Lo que los ilegítima para trasladar la responsabilidad de caso a la parte —la Administración Municipal— que ocupa el papel de elemento pasivo, sufridor de una situación creada con la edificación construida de forma insólita en el subsuelo de una calle.

Por lo dicho, nada pueden conseguir aquí los concurrentes, datando en el año 1923 la construcción de este habitáculo, puesto que lo trascendente es su ubicación y no la historia de su existencia. Resultando vano su intento de justificar ésta con la presentación de un recibo de pago de la Contribución Territorial Urbana, que, naturalmente, en absoluto es indicativo de las dependencias de que se compone la finca. No sirviendo tampoco de nada la aportación de una fotocopia de una página de un Registro Fiscal, ni las certificaciones del Catastro.

Sobre todo teniendo en cuenta que no entra dentro de los poderes de la Hacienda Pública el poder establecer mutaciones demaniales, en perjuicio del demanio público, por su simple inclusión en un Catastro, Registro o lista de contribuyentes.

Por todo lo expuesto procede desestimar el presente recurso de apelación, y confirmar, por consiguiente, la sentencia recurrida, por conforme a derecho; con aceptación en lo sustancial de su fundación jurídica. Sin que existan motivos para una especial imposición de costas.» (*Sentencia de 24 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6673.*)

VI. AGUAS

Competencias de las Comunidades Autónomas.

Corresponde al Organismo de Cuenca y no a la Comunidad Autónoma disponer sobre la distribución de agua para abastecimiento de población en caso de sequía, en relación a un canal que discurre totalmente dentro del territorio de la Comunidad Autónoma

«El artículo 149.1.22 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva "sobre la legislación y ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos si las aguas pasan por más de una Comunidad Autónoma"; y el 9.16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña confiere a la Generalidad catalana competencia también exclusiva "sobre los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente por el interior de Cataluña". Siendo así que los Canales de Urgel (el principal y el auxiliar o subcanal) discurren íntegramente por territorio de Cataluña, la Generalidad de esa Comunidad Autónoma y la Sentencia apelada han concluido en la competencia de su Director General de Obras Hidráulicas para dictar las resoluciones cuestionadas.

Es un hecho pacífico por no discutido, que los indicados Canales de Urgel discurren enteramente por territorio de Cataluña; pero este hecho que ha conducido a la Administración autónoma catalana y a la Sentencia apelada a afirmar la competencia de la expresada Generalidad para adoptar las resoluciones debatidas (con la base del transcrito artículo 9.16 del Estatuto de Autonomía), no era ni podía ser determinante para formular la conclusión de su competencia; pues no son los Canales ni su ámbito de aprovechamiento los que determinan la competencia, sino el marco geográfico por el que discurren las aguas (art. 9.16 reiterado del Estatuto); siendo principios básicos en materia de administración pública del agua el de su unidad de gestión —art. 13.1.º de su Ley reguladora de 2 de agosto de 1985—, el de tratamiento integral (mismo precepto) y el de respeto de la unidad de cuenca hidrográfica (art. 13.2.º de id.); entendiéndose por cuenca hidrográfica, que como unidad de gestión del recurso debe considerarse indivisible, "el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que

convergen en un cauce principal único" (art. 14 de la misma Ley); y con sujeción a esta definición y principios, los Canales de Urgel, que derivan el agua del río Segre, que es afluente del Ebro, pertenecen a la cuenca hidrográfica del Ebro que tiene y debe tener un tratamiento integral en una sola, única e indivisible unidad de gestión, por lo que resulta imposible atribuir competencia a la Generalidad catalana sobre los indicados Canales por el hecho de que están radicados en su totalidad en territorio catalán, ya que las aguas que por ellos discurren no tienen su principio y su fin en territorio de Cataluña y por tanto no es aplicable el artículo 9.16 del citado Estatuto de Autonomía para determinar la competencia de la Generalidad, sino el 149.1.22 de la Constitución que se la confiere en exclusiva al Estado; todo ello de acuerdo con el criterio territorial de la cuenca hidrográfica como determinante del deslinde de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas que establecen los aludidos preceptos de la vigente Ley de Aguas, y en el que insisten sus artículos 15.C y 16, que han sido declarados conformes a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 227/88, de 29 de noviembre (R. T. Const. 227) (fundamento jurídico 15.º).

La Generalidad de Cataluña carecía, pues, de competencia para disponer sobre la distribución de las aguas de los Canales de Urgel, y por ende su Director General de Obras Hidráulicas no podía dictar las resoluciones discutidas en este recurso, dado que la competencia para adoptar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de esas aguas correspondía al Organismo correspondiente de la Comunidad General de Regantes apelante —arts. 76.4.b de la vigente Ley de Aguas y 199.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986— con sujeción a sus Ordenanzas (folio 53 de los autos), con posible recurso de alzada ante el Organismo de Cuenca (art. 76.5 de la propia Ley), función que ejercía y ejerce la Confederación Hidrográfica del Ebro a tenor de la Disposición Transitoria 9.ª de la misma Ley de Aguas y de los Reales Decretos de 1 de agosto y 27 de diciembre de 1985 (núms. 1821 y 2473), no pudiendo merecer consideración alguna en el presente caso ni la Ley del Parlamento de Cataluña de 13 de julio de 1987, ni el Decreto Legislativo de 28 de enero de 1988, pues, y con independencia de otras razones, ambos son posteriores a las resoluciones debatidas y por tanto de imposible incidencia en ellas (art. 2.3 del Código Civil), debiendo los Ayuntamientos de Tárrega, de Agramunt y los otros 17 titulares de los aprovechamientos destinados al abastecimiento de sus poblaciones (según el art. 1.º, 2 de las Ordenanzas de la Comunidad General de Regantes de los Canales) someterse a las decisiones de los Organismos de Gobierno de dicha Comunidad de Usuarios de la cual ellos forman parte, y en su caso impugnarlas ante el Organismo tutelante del dominio público hidráulico (art. 15.c de la Ley de Aguas), que en el presente caso no era otro que la aludida Confederación Hidrográfica del Ebro (Organismo Estatal), como de hecho ya reconoció el mismo Ayuntamiento de Tárrega al impugnar el Acuerdo del Pleno del Sindicato de Riegos de la expresada Comunidad de Regantes de 27 de marzo de 1985 ante la repetida Confederación Hidrográfica del Ebro que el 22 de mayo de 1986 revocó aquel Acuerdo del Sindicato de Riegos en resolución ratificada por Sentencia de la Sala Territorial de 31 de mayo de 1988 y confirmada por esta Sala en la suya de 27 de noviembre de 1989; por lo que la conducta en el presente caso del citado Ayuntamiento de Tárrega al acudir a la Generalidad de Cataluña y no al Organismo de Cuenca (la Confederación Hidrográfica del Ebro) fue manifiestamente inconsecuente con su propia actuación anterior que provocó las actuaciones administrativas y jurisdiccionales reseñadas; habiendo sido también incongruentes las resoluciones aquí impugnadas con las actuaciones desarrolladas por la propia Generalidad catalana los días 24 de julio y 11 y 18 de agosto de 1986 (inmediatamente anteriores por tanto a las resoluciones recurridas de 4 y 5 de septiembre del mismo año) que envió a un representante suyo a Zaragoza para intervenir en las sesiones extraordinarias celebradas por la Comisión Local de Desembalses, Sección de Oliana, de la Confederación Hidrográfica del Ebro, con el objeto de

tratar y resolver lo pertinente para afrontar la sequía; actuaciones de todo punto incompatibles con la pretendida competencia de la Generalidad catalana, afirmada después por la misma y por la Sentencia apelada para sostener la validez de las resoluciones discutidas, las cuales deben por tanto anularse por haber sido dictadas por Organo manifiestamente incompetente y concurrir en consecuencia la causa de nulidad de pleno derecho del apartado a) del núm. 1 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.» (*Sentencia de 17 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6635.*)

VII. MEDIO AMBIENTE

A) *Competencias de las Comunidades Autónomas.*

Análisis de las competencias de la Comunidad Autónoma Balear para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

«Esta Sala cuestiona la conformidad a la Constitución de las citadas Leyes por los siguientes motivos: Los artículos 149.1.23.ª y 149.3. de la Constitución atribuyen competencia exclusiva al Estado sobre la legislación básica del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23.ª); correspondiendo igualmente en exclusiva al Estado las competencias no asumidas por los Estatutos de Autonomía (art. 149.3), y a las Comunidades Autónomas la gestión en materia de protección del medio ambiente (art. 148.1.9.ª de la Constitución). En el caso de la Comunidad Autónoma Balear, el artículo 11.5 de su Estatuto dispone que “en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares el desarrollo legislativo y la ejecución de: ... 5. Normas adicionales de protección del medio ambiente. Espacios Naturales Protegidos. Ecología”. Por tanto, esa Comunidad Autónoma sólo tiene competencia, dentro del marco de la legislación básica del Estado, para el desarrollo legislativo en materia de protección del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos, y no para legislar fuera de aquel marco, y menos para hacer Leyes marco en esta materia.

El examen de las Leyes cuestionadas pone de relieve, a juicio de este Tribunal, que su contenido y la materia sobre la que recaen no es desarrollo legislativo que se desenvuelva dentro del marco de la legislación estatal sobre los espacios naturales protegidos contenida en la Ley 15/75, de 2 de mayo, y en su Reglamento ejecutivo núm. 2676/77, de 4 de marzo, sino que es una alteración sustancial del contenido de la expresada legislación estatal en sus aspectos materiales e instrumentales, lo cual pone de manifiesto una clara vulneración de los indicados artículos 149.1.23.ª, 148.1.9.ª y 148.3 de la Constitución y 11.5 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Balear por no ser tales Leyes simples normas adicionales de las estatales para la protección del medio ambiente y de los espacios naturales a proteger, sino Leyes autónomas esencialmente diferentes de las estatales y con el añadido de que la primera, la 1/84, de 14 de marzo, se configura como marco —según lo especifica su Exposición de Motivos y contenido—, carácter de Ley marco que no parece propio de una Ley autonómica para la que el marco ha de ser necesariamente la legislación estatal; y dado que la segunda, la 3/1984, de 31 de mayo, no es sino ejecución de la primera para el paraje concreto a que aquélla alude, la misma adolece también, a juicio de

este Tribunal, de los mismos defectos generales vistos y de constituir además desarrollo de una Ley marco autonómica que disiente de la estatal en materia que debe adaptarse a ésta; lo cual genera, a su vez, posibles vulneraciones adicionales del orden constitucional, como la del artículo 14 del Texto Fundamental, por la injustificada diferencia de trato que aparentemente esas Normas autonómicas dan en comparación con el que se da en otros ámbitos distintos de la Comunidad Balear; y la del artículo 33.3 igualmente de la Constitución que es respetado en la legislación del Estado pese a su carácter preconstitucional (arts. 13.d de la Ley citada de 2 de mayo de 1975 de espacios naturales protegidos y 17 de su Reglamento de 4 de marzo de 1977), y que, en cambio, no parece que se salvaguarde en las leyes autonómicas cuya constitucionalidad se cuestiona; sin que se estime pueda apoyarse la defensa constitucional de dichas dos leyes autonómicas en la competencia exclusiva que corresponde a la Comunidad Balear para la ordenación de su territorio (atribuida por el artículo 10.3 de su Estatuto de Autonomía de acuerdo con el artículo 148.1.3.ª de la Constitución), pues sin perjuicio de las inevitables conexiones entre la legislación protectora del medio ambiente y de los espacios naturales y la de ordenación del territorio, esta Sala entiende que las dos Leyes cuestionadas, por su naturaleza y por su contenido, responden a las finalidades de ordenación, conservación y protección de los espacios naturales singulares por su suelo, flora, fauna o paraje (arts. 1.º y 2.º de la Ley 1/1984, de 14 de marzo), finalidades que coinciden plenamente con los objetivos que describen los artículos 1.º, 2.º y siguientes de la Ley estatal antes mencionada de 2 de mayo de 1975 y correlativos artículos 1.º y siguientes de su Reglamento ejecutivo de 4 de marzo de 1977; siendo la ordenación del territorio de estos espacios una consecuencia que dimana de la declaración previa de espacios naturales que deben ser objeto de protección según la legislación específica de protección del medio ambiente y de los espacios naturales, por lo que esta Sala estima que las dos leyes mencionadas se incardinan directa y primariamente en los expresados artículos 149.1.23.ª y 3 de la Constitución y 11.5 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (competencia exclusiva del Estado en la legislación básica sobre protección del medio ambiente y los espacios naturales) y no en los artículos 148.1.3.ª de la Constitución y 10.3 del indicado Estatuto de Autonomía. Según los primeros, y como ya se ha visto, la Comunidad Autónoma solamente podría haber establecido Normas adicionales y de desarrollo para la protección de estos espacios y en todo caso adaptadas a la legislación del Estado, pero no normas originarias, básicas o marco contrarias a las del Estado, como al parecer ocurre en la repetida Ley 1/84, de 14 de marzo, y con la inmediata posterior 3/84, de 31 de mayo, que desarrolla la primera; razones por las que este Tribunal somete a la consideración del supremo intérprete de la Constitución tales Leyes Autonómicas por medio de la cuestión de inconstitucionalidad.

La resolución del litigio cuya apelación esta Sala debe decidir, depende por entero de la solución que se dé previamente a esta cuestión de inconstitucionalidad, puesto que la lesión cuya indemnización las actoras reclaman en el proceso y que la Sentencia recurrida les ha concedido, deriva de manera inmediata y directa de la promulgación de las dos aludidas Leyes: si las mismas son estimadas constitucionales, este Tribunal Supremo debería juzgar el fondo de la apelación para determinar si procede o no la indemnización que las demandantes reclaman subsidiariamente para el caso de que no fuese declarada la inconstitucionalidad de tales leyes que provocan su lesión. Y si, por el contrario, ese Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de dichas Leyes, entonces desaparecería la lesión cuya reparación es el subsidiario objeto del presente recurso contencioso-administrativo. Habiendo de descansar, pues, la resolución de este recurso contencioso-administrativo en el previo juicio y decisión de la constitucionalidad de las tan repetidas leyes, resulta inevitable la promoción de la presente cuestión de inconstitucionalidad una vez se ha oído ya

a las partes y al Ministerio Fiscal conforme al artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.» (*Auto de 6 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8748.*)

B) Contaminación acústica.

El derecho al medio ambiente adecuado justifica las condiciones impuestas en el otorgamiento de una licencia en beneficio de los vecinos.

«En cuanto a la indemnización que reclama es patente que no tiene derecho a ella. La Administración ha concedido lo que se le pedía —licencia para apertura de un *pub*—, pero con los condicionamientos legales aplicables al caso, condicionamientos consistentes en no sobrepasar un determinado número de decibelios a fin de hacer compatible los legítimos derechos del recurrente con los no menos legítimos de los vecinos. Con la particularidad de que el de éstos a gozar de un medio ambiente adecuado es un derecho constitucional por cuyo respeto han de velar —y a ello les conmina la Constitución— los poderes públicos (art. 45). Es claro, por tanto, que el recurrente tenía que saber que si su local es al aire libre en su casi totalidad no podía pretender que ese derecho al medio ambiente adecuado —que implica, entre otras cosas, medio ambiente *acústicamente no contaminado*— deba verse abatido en su beneficio. Los vecinos tienen derecho al descanso y a la salud, y uno y otro se ven gravemente conculcados si no se respeta la moderación en la música ambiental. En este problema del respeto por el medio ambiente —en cualquiera de sus manifestaciones, la acústica entre ellas— los Ayuntamientos y, en general, todos los poderes públicos —por tanto, también los Tribunales— tienen que mostrarse particularmente rigurosos. Y este Tribunal Supremo, con machacona insistencia, así lo viene recordando con apoyo precisamente en el artículo 45 de la Constitución. Y, obviamente, esto no es una moda jurisprudencial más o menos pasajera, porque ante preceptos constitucionales tan claros como el citado, no hay opción distinta de la aquí postulada. Y esto sin necesidad de recordar que el grave deterioro del medio ambiente en todos sus aspectos ha transformado el problema de su conservación en un problema esencial, cuya solución es urgente e ineludible, pues muchos de sus aspectos afectan a la supervivencia, y otros, como el de la contaminación acústica, a la salud y a la convivencia civilizada. Es notorio que se han elevado voces autorizadas procedentes del campo de la medicina denunciando cómo afecta al oído y al corazón el sometimiento continuado del individuo a un excesivo número de decibelios. Y lo único que hay que lamentar es que todavía haya poderes públicos que manifiesten una cierta pasividad en la adopción de medidas eficaces en defensa contra las múltiples agresiones al medio ambiente que se dan todos los días y en todas partes. El Ayuntamiento de Rocafort, al imponer la adecuada reducción en el número de decibelios, no ha hecho otra cosa que ajustarse ejemplarmente a lo que manda la Constitución.» (*Sentencia de 7 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8750.*)

VIII. FOMENTO

Ayudas económicas. Son contrarias al principio de igualdad y a los artículos 92 y siguientes del Tratado constitutivo de la CEE las ayudas a la exportación vinculadas a la firma de acuerdos sectoriales.

«Los restantes motivos, del recurso y de la oposición, hacen referencia a la adecuación o inadecuación al Ordenamiento Jurídico de los actos o disposiciones impugnados, que son la Orden de 26 de febrero de 1986 y la resolución de la Dirección General de Comercio Exterior de 28 de octubre de 1987, quedando excluidos, de impugnación directa, actos o disposiciones distintos, al no haber sido impugnados en este recurso. El primero de los motivos de impugnación alegado por la Asociación recurrente es la infracción del principio de jerarquía normativa, ya que, a su juicio, los recurridos se oponen a lo dispuesto en el Decreto de 27 de diciembre de 1985, que estableció el principio de "libertad comercial" en el comercio de exportación, salvo las limitaciones establecidas para determinados productos, necesitados de autorización. El segundo motivo es el del rango de la norma impugnada, que al ser una manifestación de la potestad reglamentaria, debió de adoptar la forma de Decreto, para lo que era competente el Consejo de Ministros, siendo así que esta potestad se ha ejercido por un Ministro, con una disposición con rango de Orden Ministerial. El Tercero de los motivos de impugnación son los defectos formales en los que se incurrió en la elaboración de la Orden, como eran la inexistencia de dictámenes y la falta de tablas de vigencias o derogaciones. Finalmente, el último de los motivos de impugnación hace referencia a la infracción por la Orden impugnada de las normas de Derecho Comunitario Europeo, no sólo por infracción de los principios de igualdad y libertad comercial, sino por infringir también el principio que prohíbe las ayudas estatales, sean éstas directas o encubiertas. Como cada uno de los motivos de impugnación daría lugar a la nulidad de la Orden impugnada, bastará con que se aprecie la existencia de uno de ellos para que deba de ser estimado el recurso.

El último de los motivos del recurso antes enunciado hace referencia a la posible infracción de la Orden impugnada, de las Normas de Derecho Comunitario, y muy concretamente del artículo 92 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957. Dispone este artículo que "salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles en el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones". Seguidamente, los párrafos 2 y 3 del precepto en cuestión enumeran las ayudas que pueden considerarse compatibles con el mercado común. La vigencia del mencionado Tratado y su aplicación en España no ha sido puesta en duda por ninguna de las partes litigantes, aplicación que resulta de la adhesión de España y Portugal a la Comunidad, el 12 de junio de 1985, ratificado mediante Instrumento de 20 de septiembre del mismo año. Partiendo, por lo tanto, de la aplicación de las Normas contenidas en el Tratado, procede examinar si por la Orden ahora impugnada se conceden directa o indirectamente ayudas a determinadas empresas, mediante la concesión de fondos estatales, directa o indirectamente.

En período probatorio de este recurso, ha quedado acreditada la serie de ayudas concedidas, mediante fondos estatales, a determinadas empresas exportadoras de vinos de Rioja, que firmaron determinado Acuerdo Sectorial del que están excluidas otras Empresas o Sociedades que perteneciendo al mismo Sector, no fueron incluidas en dicho Acuerdo Sectorial, como son, entre otras, "LA RIOJA ALTA", "BODEGAS MONTECILLO", "LOPEZ HEREDIA VIÑA

TONDONIA, S. A.", "C.V.N.E.", "BODEGAS MUGA, S. A.", "BODEGAS CORRAL", "COMPAÑIA INTERNACIONAL DE VINOS, S. A.", "UNION VITIVINICOLA", "SOCIEDAD VINICOLA LASERNA", a cuyas Empresas o Sociedades no fue asignada cantidad alguna, a diferencia de otras Empresas o Sociedades que incluidas en el acuerdo Sectorial, y bajo la denominación de "GRUPO DE CRIADORES Y EXPORTADORES DE VINOS DE RIOJA" recibieron fondos estatales en cantidades de 22.500.000 pesetas en el año 1987; 20.875.000 pesetas en el año 1988 y 20.000.000 de pesetas en el año 1989, en ejecución de lo que, según el artículo 5.a) de la Orden de 26 de febrero de 1986, ahora impugnada, se denominaba eufemísticamente "canalización de las posibles medidas de promoción y ayudas compatibles a la exportación", y lo que la posterior Orden de 15 de octubre de 1987 entiende por "régimen de financiación". Mas cualesquiera que sean los términos empleados en un acto o disposición para denominar una actividad de la Administración, hay que atenerse a la realidad, a sus efectos y a sus consecuencias, y éstas, en el presente caso, no son otras que la concesión a unas determinadas Empresas de fondos públicos, en perjuicio de otras empresas del mismo Sector, a quienes por no alcanzar un volumen de exportación fijado por la Administración, se les niega su participación en la percepción de esos fondos públicos, lo que está infringiendo no sólo la Legislación Comunitaria, sino incluso el derecho interno español y concretamente el artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad de los españoles ante la Ley, produciéndose resultados de desigualdad ante situaciones iguales, a las que se debió dar el mismo trato, a menos de ir produciéndose mayores desigualdades económicas que impedirían que las Empresas que ahora no exportaban el volumen exigido, no alcanzaran ese mínimo y no pudieran participar en el reparto de fondos públicos a los que todo ciudadano contribuyente, por el mero hecho de serlo, debe de tener acceso, en un régimen de libre competencia.» (Sentencia de 26 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 10148.)

IX. LIBERTADES PÚBLICAS

Derecho de sufragio activo.

No se configura como un deber inexcusable. Se anula la norma que reconocía a los trabajadores permiso retribuido por votar en Referéndum de la OTAN.

«Los antecedentes legislativos extranjeros y españoles de que se ha hecho mérito en los anteriores razonamientos ponen de manifiesto: a) El derecho de sufragio se concibe, en general, como un derecho y a la vez como una obligación, aunque alguna vez se hable de deber, de todo ciudadano. b) También la regla general es la emisión del voto el domingo o el día festivo. c) La obligación de las Empresas y de los Organismos públicos, respecto a los trabajadores o funcionarios que por razón de su trabajo coincida éste con el horario de emisión del voto, se recoge como principio general para todo ciudadano expresamente en el Código o Ley Electoral correspondiente. d) Cuando se discutió y aprobó la Ley Electoral correspondiente. e) Cuando se discutió y aprobó la Ley Electoral española vigente, los legisladores conocían los principios indicados, no obstante lo cual ni la obligatoriedad del voto, ni el deber cívico de votar, ni la necesidad de que la elección se celebrase en domingo o día festivo, ni la imposición a las Empresas de retribuir determinadas horas para emitir dicho voto, se hace

constar en dicha Ley Electoral, ni de forma expresa ni tácita. f) En esta Ley Electoral se prevé expresamente, sin embargo, como ya hemos dicho, que los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios que sean nombrados Presidentes o Vocales de las Mesas Electorales tendrán derecho a un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación si fuere laboral, y también a los que acrediten su condición de apoderados y de interventores. Lo que demuestra que si no se encuentran en estos supuestos, tal permiso retribuido no se da.

No debe olvidarse, por otra parte, que el Estatuto de los Trabajadores fue aprobado por la Ley de 10 de marzo de 1980, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Constitución, y que el ámbito de aplicación de esta Ley, según el artículo 1.1, abarca exclusivamente a aquellos que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario, excluyéndose de dicho ámbito a aquellos que se mencionan en el apartado 3 del propio artículo. Y que los derechos laborales básicos de aquellos trabajadores se mencionan en el artículo 4, y entre ellos el de libre sindicación, sin que se hable para nada del derecho a participar en los asuntos públicos de que habla el artículo 23 de la Constitución, lo que tiene su explicación al ser este último un derecho fundamental que corresponde a todos los españoles, sean o no trabajadores. Lo que nos lleva a la conclusión de que la cobertura legal en orden al derecho de sufragio y las condiciones en que este derecho ha de ejercitarse no pueden tener su apoyo en dicho Estatuto y, por tanto, tampoco en su artículo 37.3.d). Opinar de otro modo supondría un evidente ataque al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, al tener los trabajadores comprendidos en el ámbito del Estatuto unos privilegios del que carecían aquellos que no lo estuvieren, e incluso los demás ciudadanos españoles que también tienen el derecho al voto.

Lo dicho hasta el momento revela que si la cobertura legal del Real Decreto 218/86, y la Resolución impugnada no puede apoyarse ni en la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, ni en el Estatuto de los Trabajadores, es preciso examinar si puede encontrarse tal cobertura, en lo que respecta al tema concreto que es objeto del presente recurso, en el artículo 23.1 de nuestra Carta Magna, llegando esta Sala a la conclusión negativa, habida cuenta, en primer lugar, de que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, no se concibe más que como un derecho subjetivo de cada uno, del que podrá o no hacer uso, siquiera tengan un deber cívico de hacerlo tratándose de elecciones. En segundo término, porque de los antecedentes legislativos que hemos resumido en los razonamientos 6.º y 7.º de esta sentencia, hay que deducir que, acorde con los principios democráticos más puros, que pone de manifiesto el preámbulo de la Constitución cuando habla de "establecer una Sociedad democrática avanzada", no quiso imponerse al ciudadano a la hora de emitir su sufragio, obligación alguna, ya que también la abstención es una forma de manifestar su opinión. Y, finalmente, porque ésta es la causa de que no hable de que el voto sea obligatorio y ni siquiera de "deber", como se hizo constar en las leyes electorales anteriores, que —repetimos— se tuvieron a la vista al redactar primero el Proyecto de Ley y después dicha Ley 5/85; ni tampoco que se exija que el trabajador tenga que presentar justificante alguno de haber acudido a votar.

Lo expuesto es más que suficiente para estimar el recurso interpuesto y declarar la nulidad de la Resolución administrativa impugnada. De todas formas conviene precisar, además, que esta Resolución, al igual que el Real Decreto 218/86, surgen con motivo del Referéndum sobre la OTAN convocado por el Real Decreto de 6 de febrero del mismo año, por lo que ha de tenerse en cuenta que el mismo tiene la modalidad de meramente consultivo de que habla el artículo 92 de la Constitución y de que ocupa el artículo 6.º de la Ley Orgánica 2/80, de

18 de enero, lo que nos inclina a pensar que, por su propia naturaleza, el deber cívico del ciudadano no puede tener la misma fuerza moral que si se tratase de la modalidad del referéndum constitucional previsto en los artículos 167 y 168 de dicha Carta Magna, e incluso de unas elecciones generales, en orden a la emisión del voto o a la abstención, ante la trascendencia de uno y otros.» (*Sentencia de 3 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9599.*)

X. SANCIONES

A) «*Non bis in idem*».

Es admisible la imposición de dos sanciones por un mismo hecho si se imponen por tribunales de distinto orden jurisdiccional para proteger bienes jurídicos diversos.

«El primero de los motivos del presente recurso de apelación es que la sentencia apelada infringe el principio de derecho *non bis in idem*, ya que la apelante, ahora sancionada por una infracción de contrabando, había sido condenada anteriormente, por los mismos hechos, como autora de un delito contra la Salud Pública, por un Tribunal Penal. Tal motivo de apelación no puede prosperar en esta vía contencioso-administrativa, como no ha prosperado en ninguna de las numerosas ocasiones en las que ha sido alegado ante la Jurisdicción Penal. Por no citar sino algunas de las numerosas sentencias recaídas en casos idénticos al actual, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1987, 5 de febrero de 1988, 28 y 30 de marzo de 1988, 18 de mayo de 1988, 25 de junio de 1988 y 14 de abril de 1989, entre otras muchas más, rechazan la infracción del principio *non bis in idem* cuando se sancionan, separadamente, y por Tribunales de distinto orden jurisdiccional, la importación de estupefacientes o drogas, ya que la Jurisdicción penal protege el bien jurídico que es la salud pública y castiga los hechos como delitos contra ella, tipificados en el artículo 344 del Código Penal, mientras que el bien jurídico protegido por la Ley de Contrabando es el interés de la Hacienda Pública, por lo que los intereses no son coincidentes y su protección, dispensada por el órgano jurisdiccional que tiene encomendada su respectiva defensa o protección. Ello obliga a desestimar este primer motivo del recurso de apelación.» (*Sentencia de 8 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 8649.*)

B) *Prescripción de la infracción.*

En Sentencia de revisión, se confirma la doctrina de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ según la cual sigue aplicándose, a falta de disposición expresa, el plazo de dos meses previsto en el artículo 113 del Código Penal para la prescripción de las faltas.

«Se ha impugnado en estos autos, precisamente por el cauce excepcional del recurso de revisión, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao de 19 de julio de 1986, invocando la contradicción de sentencias prevista en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional en

relación con el plazo de prescripción de las infracciones administrativas que no tienen previsión expresa al respecto y también en punto a la omisión del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de reglamentos ejecutivos.

Será de recordar ante todo que ya con anterioridad a la Constitución la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido elaborando la teoría del ilícito como supraconcepto comprensivo tanto del ilícito penal como del administrativo. Y sobre esta base, dado que el Derecho Penal había obtenido un importante desarrollo doctrinal y legal antes de que se formase una doctrina relativa a la potestad sancionadora de la Administración se fueron aplicando a ésta unos principios esenciales contruidos con fundamento en los criterios jurídico-penales.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, precisamente con invocación desde el primer momento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —así, sentencia 18/1981, de 8 de junio (R. T. Const. 18)—, ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho Administrativo sancionador y ello tanto en un sentido material como procedimental —sentencias 2/1987, de 21 de enero (R. T. Const. 2); 3/1988, de 21 de enero (R. T. Const. 3); 29/1989, de 6 de febrero (R. T. Const. 29), etc.—. En este sentido se ha producido una frondosa jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencias de 30 de marzo y 26 de mayo de 1987, 22 de febrero y 31 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 12 de marzo, 18 de abril y 20 de junio de 1990, etc.

En consecuencia, al no existir una regulación general de la potestad sancionadora de la Administración hay que entender que aun cuando la normativa jurídico-administrativa aplicable en cada sector haya guardado silencio sobre la prescripción esta figura ha de operar plenamente en el ámbito sancionador.

Y con ello queda planteado el problema de determinar el plazo de prescripción en estos casos de silencio legal.

Ciertamente se han producido en este sentido dos diferentes líneas jurisprudenciales, pero recordando la funcionalidad propia de la revisión en los casos de jurisprudencia contradictoria, ha de señalarse que las divergencias anteriores han sido ya superadas por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la sentencia de 6 de abril de 1990, con arreglo a la cual y en caso de silencio legal el plazo de prescripción de las infracciones administrativas ha de ser el de dos meses previsto para las faltas en el artículo 113 del Código Penal, doctrina ésta que se funda en el principio de seguridad jurídica —art. 9.º, 3 de la Constitución— que inspira la prescripción y en los artículos 25.1 de la Constitución y 603 del Código Penal.

Y esta solución es la que ha de aplicar ahora esta Sala en virtud del principio de unidad de doctrina —sentencias de 29 de junio y 21 de septiembre de 1987, 8 de febrero y 14 de noviembre de 1988, 23 de junio y 17 de julio de 1989, 14 de febrero y 5 de marzo de 1990, etc.— que construido por el Tribunal Supremo sobre la base del artículo 102.1.b) de la Ley jurisdiccional, ha recibido una nueva formulación del Tribunal Constitucional con el fundamento que integra el derecho a la igualdad —art. 14 de la Constitución—, que aquí encuentra expresión como derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, y el principio de seguridad jurídica —art. 9.º, 3 de la Constitución— que reclama una protección de la “confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas” —sentencias 1, 12 y 100/1988, de 13 de enero, 3 de febrero y 7 de junio (R. T. Const. 1, 12 y 100); 161 y 200/1989, de 16 de octubre y 30 de noviembre (R. T. Const. 161 y 200), etc.—.

Así las cosas, ante el silencio legal en la materia litigiosa, el plazo de prescripción ha de ser el de dos meses. Y reconocido por el Gobierno Vasco “el indudable transcurso de más de dos meses” entre el levantamiento del acta de infracción y la notificación al recurrente de la incoación del expediente sancio-

nador —folios 33 y 53 de los autos de la instancia—, dado que la sentencia impugnada se aparta de la doctrina que se ha declarado por la mencionada sentencia de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica, procedente será la estimación del recurso de revisión en cuanto se fundamenta en el motivo que se examina, estimación ésta que habida cuenta del carácter casacional del artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, ha de conducir, por razones de economía procesal, al pronunciamiento de la decisión de fondo que anule los actos impugnados.» (*Sentencia de 3 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6353.*)

XI. URBANISMO

A) Convenio urbanístico.

La cesión de terrenos a cambio de gestiones municipales para conseguir una concreta edificabilidad es un contrato. El incumplimiento de la obligación administrativa da lugar a la nulidad del contrato.

«El pacto documentado en acta administrativa de 1 de abril de 1976, y que alcanzó plena validez a partir de 30 de junio de 1977 entre B., S. A., y el Ayuntamiento de San Baudilio de Llobregat, es, lisa y llanamente, un contrato en que la primera se obliga a ceder determinado terreno al Ayuntamiento, siempre que la gestión de éste tenga el resultado de hacer posible la edificación que deseaba la entidad. Es un contrato válidamente celebrado cuyo cumplimiento por parte de la cedente pende de una condición. Tras la aprobación definitiva del Plan General Metropolitano de Barcelona y de su publicación en 1976, la entidad B. consulta al Ayuntamiento sobre si el Plan contiene o no la calificación deseada de su terreno, es decir, si se ha cumplido la condición, y obtiene una respuesta afirmativa del Ayuntamiento en 16 de febrero de 1977; respuesta que B. no duda en calificar de buena fe. Meses después, en junio de 1977, el Ayuntamiento en sesión plenaria, aprueba y ratifica el acuerdo de 1 de abril de 1976; y en el mes de septiembre B. consuma el contrato entregando la finca prometida. Cuando en febrero y en marzo de 1981 le es denegada la licencia para construir edificio e instalar garaje, por parte del Ayuntamiento, es cuando se pone de manifiesto la existencia del error en que había incurrido el Ayuntamiento en su comunicación de 16 de febrero de 1977 y en que había hecho incurrir —de buena fe, al parecer— a la entidad B., S. A., que movida por ello consumó el contrato. Pero al llevar el tema a la vía jurisdiccional, indudablemente se confía a los Tribunales de Justicia el dilucidar si existe o no tal error al tener que pronunciarse por una u otra de las tesis de las partes. Y la cuestión queda resuelta, en firme, con la sentencia dictada en 14 de julio de 1983, ya que, aunque apelada, el recurso de apelación se declaró desierto en 23 de enero de 1984. Ello confirma que, efectivamente, el cumplimiento del contrato mediante la cesión del terreno ofrecido, documentado en el acta de 15 de septiembre de 1977, estaba viciado por el error de creer la cedente que la condición había sido cumplida. Estamos en presencia de un error de vicio del consentimiento que produce como efecto la anulación de tal contrato; no la nulidad absoluta puesto que en el mismo concurren los tres requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil: consentimiento, objeto y causa. El Ayuntamiento había alegado la prescripción de la acción de nulidad del contrato al amparo del artículo 1301 del Código Civil por haber transcurrido el plazo de cuatro años que en dicho precepto se establece, a partir del 15 de septiembre de 1977 hasta que en 30 de

enero de 1984 B., S. A., solicita la retrocesión del terreno cedido. Ahora bien, esta alegación soslaya una circunstancia que incide en el transcurso de ese plazo y que paraliza el plazo de prescripción, como es la denegación por parte del Ayuntamiento en 6 de febrero de 1981 de las licencias para edificar e instalar un garaje y que B. solicitaba en la creencia errónea —en el error— de que el Plan General amparaba tal petición. *Con tal denegación, la existencia o no de error se pone en tela de juicio y se traslada el tema a la jurisdicción para que lo decida. Mientras tanto, es elemental que no se puede solicitar la anulación del contrato con base en la dudosa existencia de tal error. La duda queda disipada en 23 de enero de 1984 cuando el Tribunal Supremo declara desierto el recurso de apelación establecido por B. contra la sentencia de 14 de julio de 1983 que daba la razón al Ayuntamiento y venía, de paso, a confirmar que, en efecto, la información suministrada en 16 de febrero de 1977 por el Ayuntamiento de San Baudilio a B., S. A., era errónea y provocó el otorgamiento del acta notarial de cesión del terreno. En concreto, el plazo de cuatro años del artículo 1301 terminaba en 15 de septiembre de 1981, pero estuvo paralizada desde el 6 de febrero de ese año 1981 hasta el 23 de enero de 1984. Como la petición de retrocesión del terreno y, consecuentemente, de la anulación del contrato tuvo lugar por parte de B. al Ayuntamiento en 30 de enero de 1984 como reclamación previa a la vía judicial que se inició tras apurar los trámites administrativos derivados del silencio del Ayuntamiento con la denuncia de la mora, es de toda evidencia que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil la pretensión de anulación está dentro del plazo que marca el artículo 1301, y además, en cuanto al fondo de la misma, debe ser atendida, por cuanto concurren los requisitos exigidos para dar lugar a la anulación solicitada, con los efectos de devolución del terreno cedido o de la indemnización correspondiente en caso de imposibilidad de que tal devolución tenga lugar, por aplicación de los artículos 1303 y 1307 del citado Código Civil.» (Sentencia de 7 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 8805.)*

B) Régimen del derecho de propiedad.

Reserva de ley y remisión al Plan. Las cesiones obligatorias sólo serán exigibles si están previstas en los textos legales.

«Subrayando que la decisión a dictar ahora ha de basarse en la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, sin atender por tanto, *ratione temporis*, a la Ley 8/1990, de 25 de julio, ha de señalarse que la reserva de ley en materia de propiedad ha sido flexibilizada por el artículo 33.2 de la Constitución que indica que la regulación de esta figura jurídica ha de llevarse a cabo “de acuerdo con las leyes”: no sólo, pues, la Ley sino también los productos normativos de la Administración y más concretamente los Planes, pueden contribuir a determinar el contenido del derecho de propiedad y más específicamente las facultades urbanísticas que lo integran. Resulta así clara la constitucionalidad de que el planeamiento venga a trazar el contenido último del derecho de propiedad en virtud de la remisión del artículo 76 del citado Texto Refundido de 1976 —hoy art. 2.º de la Ley 8/1990—. En este sentido pueden citarse diferentes declaraciones jurisprudenciales —sentencias de 2 de febrero de 1987, 17 de junio de 1989, etc., del Tribunal Supremo y sentencia 37/1987, de 26 de marzo (R. T. Const. 37), del Tribunal Constitucional—.

Ahora bien, la flexibilidad de tal reserva legal ha de operar en la medida en que resulte necesaria: *la ley ha de establecer los criterios básicos que le son viables a una norma de carácter general y abstracto y será después el planeamiento el que con referencia a espacios territoriales concretos especifique las consecuencias que derivan de aquellos criterios generales.*

Este es justamente el caso de las cesiones: la ley ha precisado las cesiones exigibles, en lo que ahora importa, en suelo urbano —art. 83.3.1.º del Texto Refundido— y será después el plan, con sus determinaciones, el que las fije ya sobre el terreno.

La solución del Texto Refundido de 1976 en materia de cesiones consiste en distinguir aquellas dotaciones que están al servicio de la generalidad de los ciudadanos, en las que los terrenos han de ser obtenidos por expropiación —art. 134.2 del Texto Refundido—, es decir, con cargo a un presupuesto al que contribuyen todos —en suelo urbanizable caben otras posibilidades en relación con el aprovechamiento medio que no opera en suelo urbano, art. 46.3.b) del Reglamento de Gestión— y aquellas otras que están al servicio del polígono o unidad de actuación en las que los terrenos han de ser cedidos por los propietarios, en cuanto especialmente beneficiados, mediante la técnica de la reparcelación o compensación.

Y la jurisprudencia, destacando la relevancia de la mencionada contraposición, viene declarando, en lo que ahora importa, que las cesiones en suelo urbano con taxativamente las que enumera el artículo 83.3.1.º del Texto Refundido —así, sentencia de 12 de junio de 1990—.

En el supuesto litigioso se ha impugnado la Unidad de Actuación B, Calle San Roque, clasificada como suelo urbano —folio 469 de las Normas Urbanísticas— y para la que se han previsto las siguientes cesiones mínimas, obligatorias y gratuitas: 10 por 100 del aprovechamiento residencial —750 m²—, 6.000 m² calificados como Especial Equipo y 2.500 m² en concepto de viario.

La apelante alega ante todo que los viales cuya cesión se impone integran la red viaria básica de suerte que trascienden del servicio de la Unidad de Actuación B.

A falta de una prueba pericial al respecto, la Sala no puede entender probada la valoración que la parte apelante hace del viario en cuestión, lo que implica la no aceptación de esta fundamentación del recurso, independientemente de la posibilidad de una impugnación indirecta.

Suerte diferente ha de correr la alegación correspondiente a la cesión de 6.000 m² —"Especial Equipo"—.

La parte apelada reconoce que la extensión de este terreno permite erigir ocho unidades de EGB y una unidad de preescolar, con una capacidad próxima a los 320 alumnos, lo que excede de las necesidades propias de la Unidad de Actuación B.

De ello deriva que *la cesión que se examina no encuentra amparo en el artículo 83.3.1.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo*. Y es la Constitución que alega la parte apelada la que impone esa solución, pues, como ya se ha dicho, *el planeamiento sólo puede imponer cesiones que están "de acuerdo con las leyes"*. Aunque no sea en modo alguno necesario, puede añadirse que la nueva legalidad —art. 3.º de la Ley 8/1990— insiste en que la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas se producirá "en los términos fijados por las leyes".

Procedente será por consecuencia la estimación del recurso de apelación con anulación de la Unidad de Actuación B, en razón de la ilegalidad de la cesión que se contempla.» (Sentencia de 28 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 9307.)

C) *Licencias.*

1. *La subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en la concesión de licencias, ante el silencio municipal, no significa una intromisión en la autonomía de las Corporaciones Locales sino una carga para el particular que desee beneficiarse de la seguridad de un acto expreso.*

«Esta Sala ha tenido ya oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la incidencia de la fórmula subrogatoria establecida en el artículo 9.º.1.7.º a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en relación con el principio de autonomía municipal. Así, la sentencia de la antigua Sala 4.ª de 26 de septiembre de 1986 declara que *no se advierte que aquella subrogación en favor de la Comisión Provincial de Urbanismo atente contra el referido principio: "se trata de una sustitución puntual en el ejercicio de una competencia municipal sujeta a un terminante límite temporal, competencia ésta que bien pudo ser actuada por el Ayuntamiento dentro del plazo establecido", si bien el principio de autonomía local ha obligado a la jurisprudencia a interpretar restrictivamente el alcance de la transferencia intersubjetiva de ejercicio de funciones que la subrogación acarrea siempre* —Sentencia de 28 de enero de 1986— *e incluso a entender que la competencia municipal subsiste en tanto el Ayuntamiento no recibe el requerimiento de la Comisión Provincial de Urbanismo para la remisión del expediente* —Sentencia de 30 de diciembre de 1989— *y ello en base a que armoniza mejor con aquella autonomía el mantenimiento de la competencia municipal durante el mayor lapso de tiempo posible. La intervención de la Comisión Provincial de Urbanismo a que se refiere el artículo 9 del Reglamento de Servicios no supone ninguna injerencia externa en materia de urbanismo, pues aunque la competencia del Ayuntamiento en esta materia es inequívoca, la citada fórmula subrogatoria está prevista, como señala la Sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 1989, "no para privarle (al Ayuntamiento) de una competencia que en él podemos calificar de natural, sino para apurar las posibilidades de que no haya necesidad de recurrir al empleo de la técnica del silencio administrativo positivo, puesto en cuarentena en el artículo 178.3 de la propia Ley del Suelo". Siendo una prueba de lo dicho, según señala la misma sentencia, el hecho de que en el repetido artículo 9 del mencionado Reglamento, en su número 7, apartado a), el acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo no se impone al peticionario de una licencia como una obligación, sino como una simple carga ("podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo", dice el precepto), si es que quiere obtener respuesta inmediata a su petición, y esto fue precisamente lo que aconteció en el presente caso, en el que el Ayuntamiento incurrió en el descuido denunciado al dejar transcurrir el plazo —dos meses— legalmente establecido para contestar a la solicitud de licencia.» (Sentencia de 17 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 6568.)*

2. *Caducidad.*

La institución de la caducidad pertenece a la esencia de la licencia y puede acordarse aunque no exista normativa que la establezca. El ordenamiento jurídico se integra con los principios generales del derecho.

«La licencia urbanística integra un control preventivo de la actuación que pretende llevar a cabo el administrado para comprobar si se ajusta o no a las

prescripciones del ordenamiento jurídico urbanístico. La licencia opera pues como un instrumento destinado a asegurar la eficacia del planeamiento.

Y en esta línea, la caducidad de las licencias tiende a fortalecer dicha función: de nada serviría comprobar que la actuación proyectada se ajusta a la ordenación actual si la edificación se pudiera realizar muchos años más tarde cuando ya el planeamiento que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia hubiera sido reformado.

La licencia es desde luego un acto declarativo de derechos pero no puede convertirse en una reserva para la aplicación futura de un viejo Plan: el transcurso del tiempo, en relación con el principio general de la buena fe, ha de operar deslindando lo que son las consecuencias por un lado del carácter declarativo de derechos de la licencia y por otro de la pretensión de obtener una reserva pro futuro de la aplicabilidad de un plan antiguo. Piénsese que en el supuesto litigioso se trata de una licencia otorgada en 1973 y que el expediente de caducidad se inicia el 9 de diciembre de 1986 cuando ya existe un nuevo planeamiento.

En consecuencia, ha de entenderse *que pertenece a la esencia de la licencia, como institución al servicio de la eficacia del planeamiento* —art. 178.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976—, *la posibilidad de su caducidad.*

Y ello aunque no exista normativa que prevea la viabilidad de la caducidad: el ordenamiento jurídico es algo más —mucho más— que un conjunto de disposiciones escritas dado que se integra también y sobre todo por los principios y la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones —Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional— y la caducidad es, como se ha visto, una exigencia de la normatividad propia de la licencia. No necesita así expresa previsión legal.

La jurisprudencia, que da complemento al ordenamiento jurídico —art. 1.º.6 del Título Preliminar del Código Civil—, admite plenamente esta figura: sentencias de 18 de julio y 3 de octubre de 1986, 22 de marzo y 9 de julio de 1988, 30 de mayo de 1990, etc.» (*Sentencia de 26 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 10255.*)

XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. Competencia.

Confirma el Auto de 8 de junio de 1990. Los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto no se pongan en marcha los juzgados, tienen las competencias del artículo 74 de la LOPJ más las que tenían las Audiencias territoriales. Cuando el artículo 74 de la LOPJ dice que conocerán en única instancia debe interpretarse por «en primera instancia».

«Al iniciarse la vía jurisdiccional por los recurrentes, ya se hallaba en vigor la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1.º de julio, en virtud de su disposición transitoria trigesimocuarta, por cuanto ésta supeditaba el comienzo de su eficacia a la aprobación de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre, que publicada en el "Boletín Oficial del Estado" correspondiente al día 30 de diciembre de 1988, comenzó a regir el 19 de enero de 1989, a los veinte días de su publicación.

Desde ese momento era ya imperativo el mandato del artículo 53.1 de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, como precepto de orden público procesal, al prescribir que los órganos judiciales se atenderán a las normas orgánicas procesales y de funcionamiento establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Resulta obvio que la Ley sólo puede referirse a los órganos realmente existentes de este orden, es decir, a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la que quedaron refundidas las Salas Tercera, Cuarta y Quinta, y comenzó a actuar dividida en nueve Secciones el 22 de febrero de 1989. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que quedó constituida el 19 de enero de 1989, y las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuyo funcionamiento se remonta al 23 de mayo de 1989.

Los juzgados del mismo orden jurisdiccional no estaban ni están aún constituidos y su ausencia crea, al hallarse incompleto el esquema orgánico que ha de asumir no obstante el régimen de competencias previsto, perturbadoras disfunciones como la ahora planteada, en la que debe decidirse cuál de los dos tribunales en conflicto es el competente para conocer sobre un acto de Ministro confirmatorio en alzada de la resolución dictada por un órgano cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional.

Supuesta la necesidad inexcusable de resolver a tenor del artículo 1.7 del Código Civil, bajo la permanente tensión de los principios constitucionales afectados, de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, el propósito integrador del ordenamiento jurídico no debe abdicar de los criterios generales reguladores del régimen de competencia, adoptados como sistema de fuentes. Desde esta perspectiva el punto de partida lo proporciona el artículo 57 de la Ley de Planta, cuando parece atender precisamente a la contingencia contemplada, disponiendo: "Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, tendrán la competencia que a la entrada en vigor de esta Ley corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, en tanto no se pongan en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo." Sin embargo, la primera impresión que parece desprenderse del tenor literal del precepto en orden a atribuir únicamente a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia exclusiva que anteriormente correspondía a las Audiencias Territoriales, se desvanece ante un análisis más detenido del texto comentado, a la luz de una interpretación sistemática del mismo, especialmente en su relación con el artículo 53.1 de la Ley de Planta, que impone a los órganos judiciales, desde que entró en vigor, el sometimiento a las normas procesales establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre las que sin duda ocupan un lugar destacable las que regulan el régimen de competencias. Los Tribunales Superiores de Justicia en el orden contencioso-administrativo tienen, pues, en tanto no se pongan en funcionamiento los juzgados de la misma rama jurisdiccional, no sólo la competencia establecida por el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto sea posible, sino también la que tenían las Audiencias Territoriales, con la salvedad respecto de las del primer grupo, que cuando el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia competencia para conocer en "única instancia", esta expresión debe entenderse sustituida transitoriamente por la de "en primera instancia" en virtud de la doctrina contenida en el Auto del Pleno de esta Sala Tercera de 20 de marzo de 1990.

Desde otro punto de vista y en relación con el concreto supuesto planteado, si la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid asume de momento las competencias atribuidas a las Audiencias Territoriales por el artículo 10.1.c) de la Ley Jurisdiccional, aplicando este precepto seguiría siendo competente para conocer los recursos formulados en relación con actos expresos o presuntos de Ministros, resolutorios de recursos administrativos, con la excepción de las resoluciones de los Ministros que reformen el

acto del inferior, máxime cuando el artículo 6.º.1 del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, ha sido incluido en la disposición derogatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda impugnada es un acto de Ministro que no reforma, sino que confirma el del organismo nacional de Loterías y Apuestas del Estado y que en todo caso al no corresponder al Tribunal Supremo (art. 58 de la LOPJ) ni a la Audiencia Nacional (art. 66 de la LOPJ) se incorpora a la competencia residual del Tribunal Superior de Justicia (art. 74 de la LOPJ) con la misma salvedad antes apuntada sobre cómo debe entenderse la expresión "en única instancia".

En mérito de lo expuesto y siguiendo en este punto una línea jurisprudencial secundada por Auto de esta Sala de 8 de junio de 1990, hay que concluir que mientras no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia tienen una competencia reforzada, ya que aparte de la que gozan en plenitud, derivada de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asumen en bloque las atribuciones que en base al artículo 10 de la Ley de Jurisdicción venían conferidas a las Salas de las Audiencias Territoriales del mismo orden jurisdiccional. Todo ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre costas.» (*Sentencia de 14 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 9092.*)

2. *Recurso de revisión.*

Doctrina sobre el fundamento constitucional del principio de unidad de doctrina instrumentado a través del recurso de revisión. Aplicación al plazo de prescripción de las infracciones.

Vid. X. SANCIONES, 2. (*Sentencia de 3 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6352.*)

3. *Recurso de casación.*

Confirma el Auto de 20 de marzo de 1990 declarando que no es posible el recurso de casación con la Ley de 1956, subsistiendo por el contrario el recurso de apelación hasta tanto no se reforme la Ley procesal.

«Para estimar el recurso basta reiterar el auto pronunciado por la Sala 3.ª de este Alto Tribunal en 20 de marzo de 1990, actuando en pleno, que declara, en síntesis, que "la casación en nuestro proceso sólo podrá existir en la medida en que lo habilite la aplicabilidad supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevista en la disposición adicional sexta de la Ley Jurisdiccional"; que "al redactar la Ley reguladora de nuestra Jurisdicción en 1956, en lugar de recoger toda la normativa del proceso contencioso-administrativo se optó por incluir en ella lo que implicaba una peculiaridad con remisión en cuanto al resto a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trataba pues de una técnica de economía normativa tendente a evitar la repetición innecesaria de preceptos"; que "no todo silencio de la Ley jurisdiccional determinaba la entrada de la Ley de Enjuiciamiento Civil: hubo silencios de 'remisión' que daban lugar a la plena aplicabilidad de la Ley de Enjuiciamiento y también silencios de 'exclusión' que derivaban de la incompatibilidad de determinadas figuras de la ley procesal civil con el sistema de la Ley Jurisdiccional"; que "este último era el caso del recurso de casación: la Ley jurisdiccional no lo recogió y ello no porque pensara que podía aplicarse por

la vía de su disposición adicional sexta sino porque no lo entendía procedente y justamente por ello incluyó dentro del recurso de revisión algunos motivos que tenían naturaleza casacional. La regulación del recurso de revisión tal como aparece en la Ley jurisdiccional excluye la aplicación del recurso de casación: en realidad la casación que la Ley jurisdiccional quería estaba ya dentro del recurso de revisión"; que "ello implica, pues, que no resulta posible traer la casación a lo contencioso con el puro texto de la Ley jurisdiccional de 1956: la virtualidad de su disposición adicional sexta quedaba cerrada por la regulación del recurso de revisión. Por ello para que la casación entrase en nuestro proceso por aquella vía sería necesario poder llegar a la conclusión de que la Ley Orgánica del Poder Judicial había modificado la Ley jurisdiccional, más concretamente su regulación de la revisión eliminando los motivos casacionales incluidos en ésta, con lo que su silencio respecto de la casación dejaría de ser de exclusión para convertirse en silencio de 'admisión'"; que "ya más concretamente será de indicar que el artículo 58.3.º y 4.º de la Ley Orgánica incluye entre las competencias del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de casación 'que establezca la ley' contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Esa expresión entrecomillada, referida a una ley futura, indica que el legislador era perfectamente consciente de la inexistencia de la casación en la Ley jurisdiccional y de la inaplicabilidad en este punto, de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil de suerte que la casación sólo entraría en juego una vez se dictase la nueva Ley procesal que había de regular dicho recurso. Este primer dato apunta ya la solución de que todavía no hay casación. Ciertamente en el apartado 2.º del citado artículo 58 —sentencias de la Audiencia Nacional— se alude a la casación sin incluir la expresión que acaba de destacarse, pero de ello no cabe derivar sin más que para las sentencias de la Nacional hay ya casación y que en cambio no existe para las de los Tribunales Superiores. No resulta imaginable que el artículo 58 de la Ley Orgánica haya pensado en dos casaciones distintas —una, la de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para las sentencias de la Nacional, y otra diferente, la de la futura ley procesal, para las de las Salas de los Tribunales Superiores—: si la dificultad en ambos casos es la misma —falta de regulación procesal— no puede admitirse que la solución del problema haya de ser diferente en uno y otro supuesto. Pero en cualquier caso esta interpretación literal que acaba de hacerse no pasa de ser un mero punto de partida cuyos resultados deben ser corroborados o corregidos con criterios de mayor entidad"; que "el artículo 58.1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, establece una normativa específica para el recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. Aunque este precepto ha suscitado serias dudas respecto de su campo de aplicación resulta sin embargo perfectamente viable darle una trascendencia general atendiendo a sus sedes materias: figura en el Título IV de la Ley de Demarcación cuya rúbrica es 'De las Disposiciones de orden procesal para la efectividad de la planta judicial', y así las cosas cabe pensar que implica una regulación ordinaria para surtir efectos en tanto se dicte la nueva ley procesal. Más concretamente, este artículo 58.1 de la Ley de Demarcación se refiere expresamente al 'recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo' para concretar ciertos supuestos en los que no procede y por tanto *a sensu contrario* implica la subsistencia con carácter general del 'recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo'. Y esta subsistencia de la apelación, recurso éste no mencionado entre las competencias del Tribunal Supremo definidas en el artículo 58 de la Ley Orgánica, es un claro síntoma de la inexistencia —todavía— del recurso de casación que es la figura llamada a sustituir a la apelación"; y que "en definitiva será de concluir que el primer resultado obtenido mediante una interpretación literal del artículo 58.4.º y 5.º de la Ley Orgánica ha venido a ser corroborado con una interpretación sistemática que ha tenido en cuenta, en

primer lugar, la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, de especialísima trascendencia en esta materia dada su funcionalidad determinante de la entrada en vigor de algunos aspectos de la Ley Orgánica, y en último término, el contexto dominante que es siempre la Constitución y que demanda la solución menos lenta de los procesos".» (*Auto de 26 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 9700.*)

XIII. RESPONSABILIDAD

Acción de responsabilidad.

Cabe acudir directamente a la justicia contencioso-administrativa en demanda de reconocimiento del derecho a ser indemnizado en los casos en que sólo la justicia contencioso-administrativa puede restablecer la situación jurídica. Supuesto de permanencia en prisión por deudas por ley de contrabando sin haber aplicado de oficio el indulto.

«El principio de la jurisdicción contenciosa como jurisdicción revisora no puede llevar a la conclusión, pretendida por el apelante, de que la pretensión indemnizatoria se haya planteado previamente ante la Administración, porque en la mayoría de los casos tal petición sería extemporánea, y de hecho lo hubiera sido en el presente caso, en el que en el momento de interponer el recurso contencioso-administrativo los recurrentes se hallaban privados de libertad, cumpliendo una condena por impago de la sanción pecuniaria impuesta, sanción que en la Sentencia apelada la que declara extinguida por indulto, al mismo tiempo que declara que dicho indulto debió de ser aplicado de oficio por la Administración. Es evidente, por lo tanto, que dada la conducta de la Administración, era imposible haber solicitado de ella una indemnización de daños y perjuicios, puesto que hasta que la Sentencia se dictó, los recurrentes cumplían pena privativa de libertad en virtud de una resolución que disfrutaba de una apariencia de legalidad. Pero es que, en caso de admitir la tesis del apelante, sería inoperante el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción, que permite ejercitar ante la jurisdicción contenciosa no sólo la pretensión de anulación de los actos sino también la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada, "entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda", frase con la que se está aludiendo a los casos en los que sufra un perjuicio que no haya que soportar, en los bienes o derechos de los ciudadanos, a los que se refieren la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y la de Expropiación Forzosa —y hoy el artículo 106 de la Constitución—. Hay que concluir, por lo tanto, que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente al Tribunal Contencioso, en aquellos casos en los que ésta es el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo perturbó, puesto que nadie puede devolver la libertad perdida a quienes pasaron en prisión cierto tiempo, sin deber de hacerlo. Es decir, mediante la sentencia, se anularon los actos que acordaron la permanencia en prisión de los sancionados, lo que determina su permanencia en libertad para el futuro; pero como también debieron de permanecer en libertad en el pasado, sin perderla en ningún momento, al no ser lícita la prisión por deudas que establecía la legislación de contrabando, esa privación de libertad, ese derecho individual a permanecer en libertad que no puede

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

recuperarse, ha de sustituirse por un equivalente económico, que debe de operar cuando ese derecho fue desconocido privándose al ciudadano de su libertad primeramente, y haciéndole permanecer en esa situación pese al deber de la Administración de aplicar de oficio un indulto.» (*Sentencia de 18 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 10145.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

