II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Reglamento.* 1. Clases de reglamentos y reglamento independiente. 2. Procedimiento. Audiencia de asociaciones interesadas: consumidores y usuarios. 3. Suspensión: criterios a considerar para su otorgamiento. B) *Circular: valor normativo e innecesariedad de publicación.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Notificación.* B) *Suspensión.* 1. Apariencia de buen derecho por existencia de sentencia de instancia. 2. Suspensión en vía económico-administrativa y prescripción del derecho de la Administración a cobrar su crédito. 3. Suspensión de actos que afectan a otro ente público. C) *Acción de nulidad.*—III. CONTRATOS: Aplicación de la normativa comunitaria a la contratación local.—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Organización.* I. Constitución de ayuntamiento y toma de posesión de concejales. 2. Naturaleza provincial de los cabildos insulares. 3. Impugnación de acuerdo de Mancomunidad por municipio miembro. B) *Competencias. Inclusión de las previsiones presupuestarias adecuadas.* C) *Impugnación de acuerdos por el Estado o por las Comunidades Autónomas.*—V. DOMINIO PÚBLICO: *Costas. Suspensión de acuerdos prevista en artículo 119 de la Ley de Costas.*—VI. EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) *Necesidad de ocupación y planteamiento de otras alternativas.* B) *Jurado Provincial de Expropiación: no suspensión de sus valoraciones.*—VII. MONTES: *La obligación de repoblar no prescribe con la infracción.*—VIII. EDUCACIÓN: *Principio de confianza legítima en el control de las subvenciones a la enseñanza privada.*—IX. TAXIS: *Transmisión de licencias e impuesto sobre transmisiones.*—X. LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Derecho de reunión: doctrina general.* B) *Derecho de petición: contenido y ejercicio ante órgano colegiado.*—XI. EXTRANJEROS: *Suspensión de la orden de expulsión.*—XII. ORDEN PÚBLICO: *Imposición de deberes de hacer no indemnizables.*—XIII. SANCIONES: A) *Naturaleza. Imputabilidad en la sanción administrativa.* B) *Culpabilidad.* C) *Tipicidad. Inaplicación de sanción establecida sin límite cuantitativo.* D) *Procedimiento. Posición del denunciante si además es interesado.*—XIV. URBANISMO: A) *Planeamiento. Finalidad de la memoria.* B) *Régimen del suelo no urbanizable. Concepto de edificio de utilidad pública o interés social.* C) *Gestión. Reparcelación económica.*—XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Recurso en interés de la ley y entidades locales.* B) *Ejecución provisional de sentencias apeladas.*—XVI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: A) *Lesión indemnizable. Inmovilización de productos sanitarios.* B) *Responsabilidad del concesionario de un servicio público.*

I. FUENTES

A) *Reglamento*

1. *Independiente. Doctrina general sobre la tipología de reglamento. Admite la existencia de reglamento independiente.*

El reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede

explicitar reglas que en la Ley estén enunciadas y puede aclarar conceptos de la Ley que sean imprecisos: el reglamento puede ir más allá que ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Dentro de la tipología de los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia, en nuestra patria, reconoce los reglamentos independientes. El concepto de los reglamentos independientes y su engarce con la Ley ha sido una de las cuestiones —y sigue siéndolo— latentes necesitada de clarificación. A veces se adoptó una posición decidida para expresar el reconocimiento de dichos reglamentos por la existencia de una laguna legal: expresarse así era tanto como verter un concepto impreciso, por lo que tal postura debía ser superada. Y la superación de tal postura late en la doctrina y en la jurisprudencia muy significadamente a partir de la Constitución de 1978. Ciñéndonos a la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo como las de 4-2-1982, 18-3-1985, 19-6-1985, 29-10-1986 y 12-11-1986 se adscribieron a la corriente doctrinal que señalaba la irrelevancia de la falta de habilitación legal en los reglamentos independientes; por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17-10-1985 y 31-10-1986 expresaron ya el engarce del reglamento independiente con la Ley. Hoy no debe haber inconveniente en definir el reglamento independiente como aquel que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente de la Constitución) y que permita, por ello, llenar el vacío legal que en un momento determinado pueda aparecer.

Pero admitido el reglamento independiente, la cuestión que enseguida aparece es la de en qué supuestos es admisible válidamente tal reglamento. Se suele decir que los reglamentos independientes son propios de la materia organizativa en cuanto competencia típicamente administrativa, y que, por ello, sólo pueden dictarse *ad intra*, en el campo propio de la organización administrativa y en el de relaciones de especial sujeción (Sentencias del Tribunal Supremo de 11-4-1981, 27-3-1985, 19-6-1985 y 31-10-1986. Y se suele señalar que tales reglamentos no afectan directamente a los ciudadanos: esto no es exacto en términos absolutos. La Administración, como proclama el artículo 103.1 de la Constitución, ha de servir, con objetividad, los intereses generales y ha de actuar de acuerdo con los principios de *eficacia*, jerarquía, descentralización, desconcentración y *coordinación*, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; por ello, un reglamento organizativo de servicios, en la medida en que ampara un actuar eficaz y coordinado redunda positivamente en favor de los intereses generales y, en definitiva, de los ciudadanos. *(Sentencia de 30 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 3236.)*

2. *Procedimiento. Participación de organizaciones y asociaciones interesadas. Carácter preceptivo aun siendo una asociación voluntaria. Nulidad del RD 1546/1988, de 23 de diciembre, por falta de participación de la Asociación de Consumidores y Usuarios. Exigencia expresa de su intervención en la Ley 26/1984.*

Resulta obligado atenerse, so pena de nulidad, al artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que en relación con los proyectos de disposiciones de carácter general dispone, siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, un trámite encaminado a proporcionar a las entidades que por ley ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición. La oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en término de diez días a contar desde la remisión del proyec-

to, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto.

El ámbito de este artículo, cuyo objetivo fundamental parece dirigido a conceder el trámite de audiencia, aparece condicionado por una serie de ambiguas limitaciones. No obstante es posible deducir:

a) Que el precepto se refiere a aquellas entidades que, aun constituidas por voluntad de sus miembros al amparo de la Ley de Asociaciones, tenga también atribuida al mismo nivel normativo la representación y defensa del interés de carácter general o corporativo afectados por la disposición de que se trate.

b) Que la alusión mediante la cual se supedita la audiencia a que ésta sea posible, es técnicamente innecesaria y de apreciación tan subjetiva como perturbadora.

c) Que lo mismo cabría decir de la valoración respecto de la índole de la disposición, sin que ofrezca duda la cualidad de disposición aconsejable cuando una ley destaca el carácter preceptivo de la consulta (Ley 26/1984).

d) Que la afectación viene vinculada a intereses generales o corporativos y,

e) Que cuando el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo menciona la remisión del proyecto, está dando por sentado que la incumbencia de proceder al traslado a su destinatario natural, corresponde a la Administración respecto de las asociaciones inscritas en el Registro a que se refiere el punto 5.° de la Ley 191/1964, siempre que no concurran razones de interés público debidamente consignadas en el Anteproyecto.

Las salvedades apuntadas en orden a la exigibilidad del trámite de audiencia han dado lugar a diferencias interpretativas en el ámbito jurisprudencial acerca del carácter potestativo u obligatorio que debiera atribuirse a la decisión de oír o no a las asociaciones a efectos de la invalidez de la norma reglamentaria.

La doctrina más moderna se orienta a partir de la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de 19-5-1988 y 10 de mayo, 16 de junio, 7 de julio, 25 de septiembre y 19 octubre 1989 en el sentido de que los conceptos jurídicos indeterminados que contempla el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo no permiten margen alguno de discrecionalidad, caracterizando de necesario e imprescindible el requisito que se examina. Parte esta tesis, compartida por la Sala, de que la realidad social a que se refiere el artículo 3 del Código Civil comprende, en su ámbito conceptual, la realidad política del artículo 1.° de la Constitución en cuanto proclama que España es un estado social y democrático de derecho, y en esta realidad encomienda a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Consecuentemente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en sus artículos 5 y 7, ordena a Jueces y Tribunales interpretar las leyes y reglamentos en armonía con los principios constitucionales y protege los derechos e intereses legítimos, individuales y colectivos, reconociendo para la defensa de estos últimos la legitimación de las asociaciones, corporaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su protección y promoción.

Es, pues, perceptible a la luz de una realidad sensiblemente evolucionada respecto de la existente al promulgarse la Ley de Procedimiento Administrativo, que la jurisprudencia más reciente se orienta a favor de la preceptividad del trámite de audiencia a las entidades asociativas legalmente constituidas, a las que les esté encomendada la defensa de intereses generales o corporativos, principio sólo mediatizado por la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados expuestos en el precepto y sometidos a control jurisdiccional, de tal modo que la omisión injustificada del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales constituye un vicio esencial determinante de su nulidad de pleno derecho.

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1985, de 8 de mayo, en relación con el artículo 105.*a)* de la Constitución, propugna la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones

reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que la afecten.

Si esto ocurre respecto del procedimiento común del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la apertura hacia la participación de las asociaciones en los proyectos normativos que les afecten resalta aún con mayor evidencia cuando se trate de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios bajo el régimen de la Ley 26/1984, de 19 julio, específicamente prevista para regular y defender este concreto tipo de intereses generales.

La exposición de motivos de dicha Ley, dictada en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 51 de la Constitución, señala entre sus objetivos declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios, y que en el ámbito de sus competencias habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, el capítulo VI de la Ley 26/1984 contiene, bajo la rúbrica de «Derecho de Representación, Consulta y Participación», en su artículo 20, la exigencia indispensable de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios deberán constituirse con arreglo a la Ley de Asociaciones (191/1964, de 24 de diciembre). Previene igualmente el número 3.° del mismo precepto que para disfrutar de los beneficios de esta Ley, Disposiciones Reglamentarias y concordantes, deberán figurar inscritas en un libro-registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, fuente oficial de conocimiento para identificar a las asociaciones interesadas a quienes debe oírse durante la redacción del proyecto y que vendría a sustituir a estos efectos al Registro de Asociaciones (5 Ley 191/1964).

Se ocupa el artículo 21 de excluir de los beneficios de esta Ley a las asociaciones que incurran en determinadas circunstancias incompatibles con la finalidad no lucrativa perseguida en la misma, y, por último, para aquellas Asociaciones de Consumidores y Usuarios constituidas legalmente y debidamente inscritas que no estén comprendidas en las contraindicaciones previstas en el artículo 21, el artículo siguiente (art. 22), con talante imperativo, dispone que «serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios, siendo preceptiva su audiencia, respecto del Reglamento sobre Productos o Servicios de Uso y Consumo».

Las características de la Unión de Consumidores recurrente, en orden a la legalidad de su constitución, hallándose debidamente inscrita y en consonancia con los objetivos de interés general para los usuarios de un servicio, en su condición de asegurados, según los estatutos de la entidad, permite reconocer a ésta el derecho a ser oída en consulta al proceder a la elaboración del Real Decreto 1546/1988, determinando la omisión de este requisito preceptivo un defecto sustancial de eficacia invalidante.

No cabe desconocer que en SS de 19 de enero y 22 de mayo de 1991 se ha relativizado la importancia de la consulta al entenderla exigible con carácter obligatorio cuando se trata de asociaciones y colegios profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses generales. Sin embargo, aunque en rigor los consumidores y usuarios no estén obligados a constituirse bajo este régimen asociativo y pueda concederse que existe un inevitable grado de voluntarismo ejerciendo el derecho reconocido por la Ley de Asociaciones de agruparse en entidades de tal naturaleza, es difícil dudar que los haya movilizado en ese propósito el decidido impulso constitucional, derivado hacia una Ley, específicamente concebida para proteger intereses tan generales como los sentidos por el abultado contingente de usuarios de un servicio, como el que se manifiesta en el ramo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

Por otra parte, ante un mandato explícito y directo como el contenido en el artículo 22.1.*b)* de la Ley 26/1984, no hay razón convincente para desvirtuarlo excluyendo de su ámbito a esta asociación por su carácter voluntario, condición predicable en rigor de todas las que se constituyen bajo el régimen asociativo de dicha Ley, que es precisamente la que señala para ellas el carácter preceptivo de la consulta. Tal interpretación chocaría en este caso con la dicción literal del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo —cuando alude tuxtualmente a las entidades que por ley ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general— vaciando de contenido los citados preceptos, por lo que entendemos procedente su aplicación al supuesto enjuiciado, apreciación que comporta la nulidad radical del Real Decreto 1546/1988, de 23 de diciembre, por no ser conforme con el ordenamiento jurídico según lo expuesto. *(Sentencia de 5 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2343.)*

3. *Suspensión. Es posible acordar la suspensión, pero debe tenerse en cuenta que el Reglamento contiene de forma presunta la representación del interés público.*

El artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción permite a este Tribunal declarar cautelarmente la suspensión tanto de actos administrativos como de Disposiciones Generales, como hemos declarado en el Auto dc 10-1-1992 en un supuesto similar al que aquí se enjuicia. En este caso el Colegio Oficial de Médicos ha pedido la suspensión del Decreto de 63/1990 de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y también la de sus actos de ejecución, ya que, en ejecución del Decreto, 63/1990, de 15 de mayo, se ha procedido con fecha de 19-5-1990 a cerrar las Casas de Socorro existentes.

La suspensión del decreto impugnado es todavía posible, aunque supondría dejar sin efecto sus actos de ejecución al deber ordenar la apertura de los establecimientos a que el mismo se refiere. Por ello es sin duda de aplicación aquí —siquiera en forma parcial— la doctrina de la Sala (Autos de 9 y 16 de diciembre de 1988, 30 de marzo y 19 de septiembre de 1989, 8-5-1990 y 3-6-1991), que advierte que la pretensión de suspensión carece de contenido cuando el acto se ha ejecutado, por no estarse ya ante una auténtica suspensión, sino ante una dejación sin efecto del acto de que se trate. No es con exactitud el caso, ya que la suspensión de la norma general tiene un alcance más amplio y, como dicho queda —podría todavía llevar a reponer la situación anterior al cierre-, pero la consumación del efecto principal de la norma impugnada nos obliga a extremar el cuidado en la ponderación de los intereses en presencia al resolver sobre su suspensión. Hay que tener en cuenta, así, el conflicto existente entre el interés público y el interés particular, resultando que el primero reside, aunque por presunción, en la norma impugnada y el segundo en los intereses de los médicos que contra ella recurren. En efecto, en un Estado social y democrático de Derecho son las disposiciones de carácter general expedidas por el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma las que determinan —a reserva, sin duda, del pleno control jurisdiccional que todavía no se ha producido y que no es del caso anticipar en este trámite (art. 106.1 CE— lo que sea el interés público (art. 103.1 CE). En consecuencia, aunque los apelantes consideren que el Decreto que impugnan no se acomoda a tal interés, tal apreciación es meramente subjetiva en el momento en que nos encontramos y se enfrenta a la efectividad de una norma sanitaria de carácter general, a la que debe darse prevalencia. Y todo ello porque los perjuicios que se han alegado por los recurrentes tampoco parecen de imposible o difícil reparación en caso de que prospere el recurso. En el caso de que el proceso de que trae origen la petición de suspensión diera lugar a una sentencia estimando el

recurso, los perjuicios que eventualmente se hubieran irrogado al personal sanitario podrían repararse dado la solvencia de la Administración mediante las oportunas compensaciones económicas. *(Auto de 12 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2251.)*

B) *Circular. Valor normativo. No era necesaria la publicación para su eficacia al ser conocida por los afectados.*

Una vez interpretados los términos de la resolución bajo consideración, se ha de pasar a lo que deviene fundamental para la adecuada decisión del tema del litigio: cuál sea la naturaleza y alcance de la Circular 9/1977, de 23 de junio, por la cual la Dirección General de Navegación (Ministerio de Comercio) dicta «Normas a aplicar en los intercambios de tonelaje entre los petroleros españoles y extranjeros»; pues bien, respecto de tal Circular su consideración de disposición administrativa de carácter general deviene indubitable atendida su índole normativa y la calificación que de estas circulares se hace como tales disposiciones generales en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; no perdiendo en el presente caso dicha Circular su eficacia por el mero hecho de no haber sido publicada en el «BOE», como se exige en el artículo 29 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en relación con el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues al tratarse de un número reducido y conocido de destinatarios de dicha Circular (fundamentalmente las «refinerías nacionales» y, en tono menor, los «navieros» dedicados al transporte marítimo de petróleo), el conocimiento personal del contenido de dicha Circular suple con creces la ausencia de publicación en los periódicos oficiales, de tal modo que esta infracción de falta de publicación no puede ser alegada por quien dicho defecto no sólo no le causó indefensión alguna, sino que, como ocurre con «Fletamientos Marítimos, S. A.» («MARFLET»), ejercita su inicial pretensión de 9-7-1981 justamente a los efectos de obtener el correspondiente devengo de toneladas/milla producido por el «Safina Swift» como si de un buque de pabellón español se tratase, ello, evidentemente, a los efectos del intercambio de tonelaje que la Circular en cuestión regula, y bajo cuya normativa se va a producir el Acuerdo de la Dirección General de la Marina Mercante de 10-7-1981, cuya legalidad «MARFLET» defiende; postura procesal ésta que a virtud del principio de que *Venire contra factum propium non valet* determina la ya avanzada conclusión del carácter normativo y plena eficacia, en el presente caso, de la Circular de referencia. *(STS de 9 de abril de 1922, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 3008.)*

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Notificación. En recurso de revisión se confirma la doctrina de que en las notificaciones efectuadas por correo que no se entreguen al propio destinatario, la condición del firmante debe constar o bien en la libreta de entrega o bien en el aviso de recibo, siendo suficiente una de ambas constancias. Corresponde a la Administración la prueba de la realidad y legalidad de la notificación.*

Ciertamente la celeridad imprescindible en el procedimiento administrativo (art. 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en razón de las exigencias del

principio de eficacia en la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución), hace perfectamente viable que las notificaciones administrativas puedan entenderse con persona distinta (receptor) del destinatario de aquéllas.

Pero como el principio de eficacia no puede implicar mengua de las garantías del administrado, tal posibilidad exige el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 80.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que impone para estos supuestos que se haga constar el parentesco del receptor con el destinatario o la razón de su permanencia en el domicilio de éste.

Para el caso de que las notificaciones se realicen por correo (art. 80.1 de la Ley de Procedimiento), el artículo 271.2 del Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, prescribe que «de no hacerse la entrega al propio destinatario se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega y, en su caso, en el aviso de recibo».

Para la adecuada inteligencia de esta última expresión -y «en su caso» en el aviso de recibo— puede acudirse al contexto próximo del precepto que se examina: el apartado 1 del propio artículo prevé que las notificaciones «circulen o no con acuse de recibo», de donde deriva que éste puede existir o no.

Así pues, y en principio, «en su caso» significa que la condición del firmante se recogerá siempre en la libreta de entrega y también y además en el acuse de recibo, si éste existe.

Pero las exigencias formales sólo tienen sentido, es decir, sólo se justifican en la medida en que cumplen una finalidad (art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo). La constancia de la condición del firmante impuesta por el artículo 271.2 del Reglamento de Correos aspira a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 80.2 de la citada Ley de Procedimiento, dado que tal condición permite presumir que el destinatario final llegará a recibir la documentación inicialmente entregada al receptor. Y esa constancia existe tanto si se introduce sólo en la libreta de entrega como si figura sólo en el aviso de recibo.

Así las cosas, aunque la literalidad del artículo 271 del Reglamento de Correos parece conducir a la doble consignación de la condición del receptor de la notificación -no sólo en la libreta de entrega, sino también en el aviso de recibo, cuando existe-, una interpretación finalista pretende entender que basta con que tal condición resulte reflejada en alguno de los documentos mencionados: lo esencial es que conste el parentesco o la razón de permanencia del receptor en el domicilio del destinatario, resultando indiferente que ello se produzca por el cauce de la libreta de entrega o por el del aviso de recibo.

En conclusión, consignada la condición del firmante bien en la libreta de entrega, bien en el acuse de recibo, aunque no se haya hecho mención necesaria en el otro documento, la notificación será válida. Basta, pues, con la constancia en uno de los indicados documentos. Si alguna duda hubiera al respecto bastaría recordar la doctrina de las irregularidades no invalidantes.

En el supuesto litigioso, practicada por correo la notificación discutida con persona distinta de la interesada, no se hizo constar en el acuse de recibo la condición del receptor y no ha podido conocerse el contenido de la libreta de entrega por «carecer de la pertinente documentación» la oficina de Correos al «haber prescrito el tiempo reglamentario de permanencia en archivo» (folio 47 de los autos). Y no pudiendo así acreditarse la legalidad de la notificación litigiosa habrá que acudir a las reglas generales que trazan la doctrina sobre la carga de la prueba.

Tal doctrina, elaborada por inducción sobre la base del artículo 1214 del Código Civil, puede resumirse indicando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.

Y dado que la Administración pretende abrir una vía de apremio que exige como presupuesto la notificación de la liquidación tributaria correspondiente, es claro que es ella la que soporta la carga de la prueba de la realidad y legalidad de la notificación, y por tanto es ella también la que ha de sufrir las consecuencias

desfavorables de la falta de prueba: no se ha acreditado que bien en el acuse de recibo, bien en la libreta de entrega, se ha hecho constar la condición del receptor. *(Sentencia de 27 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 542.)*

B) *Suspensión*

1. *La existencia de una sentencia de instancia absolutoria del acto impugnado crea una apariencia de buen derecho que favorece la suspensión de la ejecución del acto ya recurrido.*

Los actos administrativos de cuya ejecución fue acordada la suspensión, en la resolución apelada, según el Ayuntamiento de Toledo ha acreditado al formular sus alegaciones, han sido anulados por la Sentencia dictada el 15-2-1990 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Esta circunstancia, inexistente al tiempo de dictar nuestro Auto de 22-9-1989, anulado por el de 23 de mayo del presente año, lleva decididamente a, variando el criterio sentado en aquél, en el que se estimó la apelación para desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución, la desestimación de la apelación y a la confirmación del acto recurrido, a la vista de la reciente doctrina de esta Sala, iniciada en su Auto de 20-12-1990 y seguida en los de 17 y 23 de abril y 16 de julio últimos, puesto que, en efecto, si conforme a la misma, en una nueva exégesis del artículo 122 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa para acomodarlo al artículo 24 de la Constitución Española, ha de afirmarse como una derivación del derecho a una tutela judicial efectiva el derecho a una tutela cautelar por fuerza del principio de Derecho que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón», y que esta tutela cautelar, a fin de evitar la frustración de la sentencia final, ha de otorgarse a quien en principio ostente el *fumus boni iuris*, es decir, la apariencia de buen derecho; no cabe duda alguna que la Sentencia dictada el 15-2-1990, aun no siendo firme, pone en entredicho la presunción de validez de los actos impugnados en que se asienta su ejecutividad y traslada al Ayuntamiento recurrente la apariencia de buen derecho que le confiere el de obtener una tutela cautelar eficaz, que en este caso no puede ser otra que la de suspender su ejecutividad en tanto dure la pendencia del proceso en que son impugnados, ya que en caso contrario la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su presumible razón no le supondría una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, por más que posteriormente fuese resarcido de sus daños y perjuicios. *(Auto de 19 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 310.)*

2. *Suspensión y prescripción del derecho de la Administración al cobro de una deuda tributaria. El transcurso de más de cinco años en resolver el recurso de alzada ante el TEAC comporta la prescripción del derecho de la Administración que tenía suspendida la eficacia de su auto.*

Con carácter preferente a las restantes cuestiones que se plantean en la presente apelación, ha de ser estudiada la relativa a la posible prescripción de la acción para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas, toda vez que, caso de entenderse prescrita aquélla, sería improcedente el examen de las otras cuestiones que se plantean.

Para ello es forzoso comenzar señalando que, dictada Resolución por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Santander en 31-8-1979, la «C. L. S.» promovió recurso de alzada contra la misma mediante escrito presentado el 12-12-1979 y, sin ningún otro trámite ni actuación, el Tribunal Económico-Administrativo Central dictó Resolución en 2-7-1985, que fue notifica a la recurrente en fecha que no consta.

De esta manera es incuestionable que el recurso de alzada estuvo paralizado ante el Tribunal Económico-Administrativo Central durante más de cinco años y medio, sin que se produjera durante ese tiempo ninguna actuación por parte del recurrente ni del propio Tribunal.

Con arreglo a lo que dispone el artículo 67 de la Ley General Tributaria, «La prescripción se aplicará de oficio, sin necesidad de que la invoque o excepcione el sujeto pasivo», precepto que, puesto en relación con las facultades que otorga a los Tribunales Económico-Administrativos el artículo 44 de su Reglamento de Procedimiento, hace que aquel Tribunal Central hubiera debido apreciarla (incluso, de oficio) una vez transcurrido el plazo de cinco años que establece el artículo 64.*b)* de la citada Ley General Tributaria.

Frente a lo que antecede no puede prevalecer el razonamiento contenido en la sentencia apelada respecto a que, habiéndose acordado la suspensión del acto administrativo de gestión liquidatoria (art. 81 del Reglamento de Procedimiento), la acción para hacer efectiva la deuda tributaria no pudo ejercitarse hasta que se dictó resolución desestimatoria por el Tribunal Central, y ello por aplicación supletoria del artículo 1969 del Código Civil, en cuanto dispone que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse». Sabido es que este artículo sigue el principio general de la *actio nata*, es decir, que, a falta de norma especial, el plazo de prescripción no comienza a transcurrir hasta que la acción haya nacido, lo que ocurre cuando pueda ejercitarse y no antes. Sin embargo, la acción para exigir el pago de las deudas tributarias nació cuando la Administración de Tributos de Santander practicó, en 14-10-1969, liquidación definitiva del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios de 1963, 1964, 1965 y 1967, a la «C. L. S.». Así, el artículo 65 de la Ley General Tributaria dice que el plazo de prescripción para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas comenzará a contarse «desde la fecha en que finalice el plazo de pago voluntario». Se trata, por tanto, de un supuesto donde no es de aplicación el artículo 1969 del Código Civil porque hay una disposición especial (art. 65 de la Ley General Tributaria) que excluye la aplicación de aquella regla general.

De otra parte, es muy cierto que este plazo de prescripción quedó interrumpido merced a las diversas reclamaciones económico-administrativas que hubieron de promoverse [art. 66.1.*b)*] y habiendo tenido lugar la penúltima actuación el 12-12-1979 (recurso de alzada ante el Tribunal Central), comenzó de nuevo a correr a partir de ella, superando los cinco años cuando la siguiente actuación (Resolución del Tribunal) se produjo en 2-7-1985.

La suspensión del acto administrativo que regula el artículo 81 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo no afecta al plazo de prescripción [lo que afecta es la interposición de la reclamación como, dice el art. 66.1.*b)* de la Ley General Tributaria] porque se trata de una moratoria —ciertamente, garantizada— que el acreedor (Hacienda Pública, de cuya naturaleza participan los Tribunales Económicos) concede al deudor (contribuyente) mientras el primero revisa la conformidad a Derecho de la deuda exigida. Perteneciendo a la esfera de facultades del acreedor (Tribunal Económico) revisar al acto antes de que se consuma el plazo de prescripción, atentaría al principio de la seguridad jurídica que garantiza la Constitución (art. 9.°.3), y que constituye el fundamento de esta modalidad de adquisición o pérdida de los derechos confiar al proceder de una de las partes la existencia o inexistencia de prescripción. De ahí que la Sala estime que, habiendo estado paralizado el recurso de alzada ante el Tribunal

Económico-Administrativo Central por causa no imputable al recurrente, durante más de cinco años, ha de estimarse prescrito el derecho de la Hacienda Pública al cobro de las deudas tributarias liquidadas. *(STS de 18 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 2319.)*

3. *Supuesto en el que los dos entes enfrentados en el proceso defienden intereses públicos. Criterio de oportunidad para acordar o denegar la suspensión.*

Apela en esta incidencia procesal la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, al haber suspendido el Tribunal de instancia sus Resoluciones de 11 de mayo y 11 de septiembre de 1989, requiriendo al «Banco de España», como propietario de la casa 46 de la calle Alcalá, contigua a la de su sede social, para que efectúe en la misma obras de reparación, conservación y ornato en determinados plazos, con apercibimiento de multa, ejecución sustitutoria e incoación de expediente sancionador.

Dada la naturaleza de los Entes implicados en la presente litis, sobre todo en la que se ha de tratar el fondo del asunto, así está de más perderse en consideraciones sobre el problema de la confrontación interés público *versus* interés privado, puesto que, en principio, ambos Entes están llamados a defender, desde el campo de sus respectivas competencias, un mismo interés: el común de la sociedad, del Estado y del Municipio.

De ahí que la fundamentación de la medida cautelar que pueda dictarse aquí y en este momento tenga que basarse más que en esa confrontación de supuestos intereses contrapuestos, como ha hecho el Tribunal *a quo*, en la simple oportunidad en la realización o no de las obras decretadas por la Gerencia, dentro de las perspectivas que ofrezca la litis en su solución final, sin entrar lo más mínimo en su prejuzgamiento, y atendiendo tan sólo a razones económicas, o evitadoras de trabajos que, a la larga, resultaran estériles.

En su virtud, y como las perspectivas que ofrece la litis, en su consideración esencial y trascendente, oscilan entre un final en el que el edificio en cuestión tenga que conservarse, porque prospera su calificación de Edificio Protegido, del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que es la que ha tenido hasta que la Comunidad Autónoma de Madrid lo descatalogó, al estimar el 30-3-1989 el recurso de reposición interpuesto por el «Banco de España», o, por el contrario, esta descatalogación es la que se impunga definitivamente; como ninguna de estas dos posibilidades pueden descartarse, en este momento lo aconsejable es reducir la orden de obras de reparación del edificio a las estrictamente indispensables para mantenerlo en las debidas condiciones de seguridad, y sólo en las zonas en que manifiestamente se impongan como necesarias. Y hasta que la situación jurídicamente no se clarifique de forma definitiva. *(Auto de 10 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3261.)*

C) *Acción de nulidad*

Precisado, pues, el objeto del presente recurso, la primera cuestión a resolver, de la que depende que se pueda progresar en el conocimiento del mismo, es la planteada por el Abogado del Estado al arguir que no existiendo constancia de que el recurrente haya formulado la denuncia de mora, como dispone el Auto 94.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en realidad no existe el acto administrativo que se impugna, lo que debe acarrear la inadmisibilidad del recurso con arreglo al artículo 82.*c)* de la Ley Jurisdiccional.

A tal efecto conviene puntualizar, a la vista del escrito de conclusiones del actor —en el que implícitamente se viene a reconocer que no ha mediado denuncia de mora—, que el ejercicio de la acción de nulidad contra un acto o una disposición general es una petición no graciable —no está comprendida en el artículo 70.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, que cualquier interesado puede dirigir a la Administración autora de aquéllos, en solicitud de que, previos los trámites pertinentes y, en todo caso, dictamen favorable del Consejo de Estado, se declare la nulidad de pleno derecho.

Quiérese decir que la acción de nulidad, que no está sujeta a plazo alguno (art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo), es una petición dirigida a la Administración en solicitud de que proceda a la revisión de un acto o disposición administrativa tachados de nulos, con nulidad absoluta, por alguno de los motivos tasados por la Ley. Una petición que no se produce en vía de recurso pues los recursos administrativos están sujetos a plazos fugaces de caducidad y que como tal es insuficiente para abrir la vía jurisdiccional si antes no se da cumplimiento a lo que establece el artículo 94.1 de la expresada Ley. El automatismo en la producción del silencio administrativo es característica exclusiva de los recursos administrativos, a diferencia de lo que ocurre con las solicitudes en vía de petición que requieren la previa denuncia de mora, y este distinto régimen no se altera, respecto a las solicitudes de nulidad, por el mero dato de que éstas y aquéllos estén regulados en el mismo título de la Ley de Procedimiento Administrativo, bien que en capítulos distintos.

La tesis que esboza el recurrente para sostener la aplicación del artículo 94.2 de la mencionada Ley, además de no ajustarse a la verdadera naturaleza de las peticiones de revisión de los actos nulos de pleno derecho —de «petición» se califica por aquél en el escrito inicial del proceso la solicitud formulada en vía administrativa— introduce un factor de inseguridad jurídica, en qué plazo debería entenderse producido el silencio administrativo y, por ende, computarse el plazo establecido en el Auto 58.4 de la Ley Jurisdiccional. *(STS de 30 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 2114.)*

III. CONTRATOS

Normativa comunitaria. Aplicación en la contratación local.

1. La representación del Ayuntamiento de Valencia, frente a la sentencia apelada, invoca el artículo 96 de la Constitución Española y el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, con transcripción parcial de la Recomendación de 23-3-1988, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de la legislación de Contratos del Estado, adaptada a las Directivas comunitarias sobre contratación pública («Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda» núm. 17, de 28-4-1988).

2. El planteamiento efectuado por el representante procesal del Ayuntamiento de Valencia hace referencia a la integración en el Derecho interno de las normas comunitarias (Derecho Comunitario). El artículo 1.5 del Código Civil recoge la regla de que la recepción en el Derecho interno de las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales se realiza a través de la publicación íntegra en el «BOE»: sólo entonces la norma contenida en los tratados internacionales es fuente directa de derechos y obligaciones. El artículo 96.1 de la Constitución establece que «los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Por lo tanto, un tratado válidamente concluido, en cuanto norma, contiene ya

derechos y obligaciones, y una vez publicado oficialmente en España resulta aplicable en los casos que resulte procedente.

Tratándose de las normas del Derecho Comunitario es preciso distinguir (distinción que, acaso, tampoco hay que olvidar respecto de otras normas de Derecho Internacional) entre las normas directamente aplicables por ser normas jurídicamente completas, como pueden ser los reglamentos comunitarios que no precisen de desarrollo, y las normas comunitarias que, como las directivas, precisan de desarrollo para su aplicación.

3. La adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1-1-1986 comportó la necesidad de adaptar la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento a las directivas comunitarias, fundamentalmente a las directivas 71/304 y 71/305, ambas de 26-7-1971. Tal adaptación se operó mediante el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, que modificó, en lo menester, la Ley de Contratos del Estado, y mediante el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, que modificó, en lo menester, el Reglamento General de Contratación. Los artículos modificados de la Ley de Contratos del Estado y de su Reglamento por dichas disposiciones tienen el carácter de legislación básica a los efectos del artículo 149.1.18 de la Constitución y serán de aplicación a los contratos que celebren las Entidades Locales, *siempre que dichos contratos estén comprendidos dentro del ámbito de los artículos modificados* (Disposición Final Primera del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo). Desde el punto de vista objetivo, la modificación legislativa operada por efecto de las directivas comunitarias se refieren a la capacidad financiera, económica y técnica de los empresarios, resaltándose la necesidad de solvencia de los contratistas (arts. 98 a 109 de la Ley de Contratos del Estado, y arts. 284 a 331 de su Reglamento); a la publicidad de las licitaciones (arts. 29 y siguientes y concordantes de la Ley, y 93 y siguientes y concordantes del Reglamento), y al contravalor en pesetas de la unidad de cuenta europea (ECU), al que expresamente se refiere el artículo 93 bis del Reglamento, entre otras materias. Pero la incidencia de las directivas comunitarias no ha eliminado la necesidad de que en toda actividad de la Administración, y en particular en la contratación, brille siempre la moralidad de las partes contratantes (de la Administración y del contratista), que exige que no haya nunca favoritismos ni pueda sospecharse de ello.

Hechas las precisiones anteriores, es de consignar que las normas reguladoras de la actividad administrativa municipal son normas específicas que han de aplicarse en primer lugar y preferentemente. El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, contiene las reglas a las que ha de ajustarse el régimen jurídico de los contratos que celebren las entidades locales: en estas reglas (art. 112.2) se especifica que el Derecho primero y preferente a aplicar en los contratos de suministros (y particularmente en la adjudicación de los mismos) es «la presente Ley» (RDLeg. 781/1986) y sus disposiciones reglamentarias; en segundo lugar es de aplicación la restante legislación del Estado sobre la materia (en lo no previsto en las normas específicas), y supletoriamente las demás normas de Derecho Administrativo; por último, serán aplicación también, en su caso, las normas de Derecho privado.

La disposición final primera *d)* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispuso que el Gobierno, en el plazo de un año, procediera a actualizar y acomodar a lo dispuesto en la misma, todas las disposiciones reglamentarias que continúen vigentes, y *en particular: d), el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9-1-1953*, con las modificaciones de que haya sido objeto por disposiciones posteriores. Los preceptos de este Reglamento, en cuanto no se opongan al Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, están vigentes. Por lo tanto, hasta que el Gobierno no desarrolle reglamentariamente dicha disposición legal, en la materia relativa a las incompatibilidades para contratar con las Entidades Locales, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 5.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones

Locales de 1953, a través de cuyo artículo se protege —como ya se ha expresado— la moralidad administrativa, precepto aplicable, en función de lo establecido en los artículos 112.2 y 113.2.° del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, a la compleja e indefinida figura del denominado contrato de suministros.

Aplicable, pues, al caso que resolvemos el citado artículo 5.° del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, debe desestimarse no sólo el alegato respecto a dicho artículo del Ayuntamiento de Valencia, sino también la insinuación de la parte apelante relativa a que, a su juicio, otra interpretación supone limitar o restringir el derecho de libre comercio. *(STS de 17 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2491.)*

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Organización*

1. *Concejales. Derecho a la toma de posesión pese a no asistir al acto de constitución del Ayuntamiento.*

Ahora bien, ello no quiere decir en absoluto, y la Sala no quiere dejar duda alguna acerca de su postura, que se compartan las razones aducidas para denegar el requerimiento en cuanto el acuerdo denegatorio —y la defensa que en esta vía jurisdiccional se ha hecho del mismo— entiende renunciados a los proclamados electos por no concurrir a la sesión constitutiva del Pleno de la Corporación, y mucho menos que sólo en esa sesión pueda tomarse posesión del cargo de Concejal. La renuncia a un derecho fundamental en su caso ha de ser expresa, en cuanto además no sólo afecta en este caso a los proclamados electos, sino a quienes a través de ellos participan en los asuntos públicos y no cabe entender tal renuncia por la simple inasistencia a la reunión constitutiva: pues además no se trata de que con ello se pretenda modificar el momento de constitución de la Corporación, que efectivamente viene fijado en la Ley, y en este caso se constituyó, sirve de si ya una vez constituida, pueden comparecer los electos que no asistieron para la toma de posesión y poder ejercer así su derecho fundamental. Es cierto que en la Ley de Régimen Local no aparece regulada tal cuestión: sólo el artículo 7.° del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre, se refiere a la presentación de credenciales, y el artículo 37 de la Constitución dc la Corporación, en armonía con lo dispuesto en el artículo 195 de la LOREG, pero que ello sea así no quiere decir, en manera alguna, que frente a la negativa de un Alcalde —que en vez de promover el clima adecuado para el ejercicio de los derechos y libertades públicas con el fin de que pueda realizarse el pluralismo político que, como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, proclama el artículo 1.° de la Constitución, no puedan reaccionar a través de los procedimientos que la Ley arbitra, incluso en el recurso de amparo ordinario, los propios afectados frente a tal abuso del poder público negando obstinadamente, con razones vanas, la plenitud del ejercicio de sus derechos, que desde luego pudieron haber ejercido originariamente asistiendo a la sesión constitutiva para la que fueron citados personalmente, y no acudiendo, permaneciendo, entretanto, en la plaza del pueblo, frente a la Casa Consistorial, cuando aquel solemne acto se celebraba. Porque en todo caso la negativa a celebrar el Pleno no puede fundarse en aquella supuesta reunión ni en la falta de regulación legal, cuando el artículo 4.1 del Código Civil permite acudir a la analogía donde exista identidad de razón, y existe la normativa aplicable a las cámaras legislativas de la nación, Congreso y Senado, cuyos

Reglamentos, de 24 de febrero y 26 de mayo 1982, artículos 20 y 12, respectivamente, prevén la inasistencia a la sesión constitutiva y regulan la forma de adquirir la condición de Diputado y Senador. Normativa que puede, e incluso debe ser, aplicada analógicamente, y mediante la adecuada integración, no sólo por los órganos jurisdiccionales en el procedimiento adecuado, sino también por aquel poder público que tiene como una de sus misiones convocar y presidir los Plenos, permitiendo así, sin cortapisas, la plenitud del ejercicio de los derechos, que no sólo niega a los proclamados electos, sino a quienes a través de éstos deben participar en los asuntos públicos, como antes se dijo. *(STS de 12 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2252.)*

2. *Cabildos insulares. La naturaleza materialmente provincial de los Cabildos canarios legitima que los recursos económicos de las Mancomunidades interinsulares sean distribuidos entre los Cabildos, sin perjuicio de que éstos puedan prestar su asistencia para el ejercicio de las funciones representativas de las Mancomunidades.*

El apelante, don Manuel Florián de T. I., solicita en esta instancia el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 22 y la Disposición Transitoria 7.ª del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias, de 10-8-1982, y del artículo 41.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2-4-1985, que reputa contrarios a la garantía institucional de la provincia y al principio de autonomía consagrados en el artículo 141 de la Constitución, y el último, además, al artículo 103.*p)* de esta suprema norma, porque, según dice, el término «exclusivamente» deja a las provincias canarias sin organización, reduciéndolas a meras entelequias carentes de eficacia.

Esta Sala no considera necesario suscitar al Tribunal Constitucional las cuestiones que alude el actor, pues, respecto de la primera, ha de tenerse en cuenta la circunstancia de que los preceptos autonómicos que se citan por el actor no deben ser contemplados aisladamente, sino en coordinación con el artículo 32 del Estatuto, en el que, con la referencia a la normativa básica estatutaria de Régimen Local, se abre la posibilidad de subsistencia de las provincias en los términos que al respecto se establezca en dicha normativa, básica estatal, ello dando cumplimiento al artículo 149.1.18 de la Constitución, y también con la significación que se asigna a los Cabildos, tanto en el Estatuto de Canarias (art. 7.°) como en la propia Constitución [art. 141.*p)*.4], en que se les reconoce autonomía propia, o en la normativa básica estatal integrada, entre otras normas, al tiempo de la elaboración del Decreto objeto del litigio por el artículo 210 de la Ley de Régimen Local de 24-5-1955 y artículos 421 a 434 del Reglamento, Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 17-5-1952, en cuanto no se opusieran a la Constitución, que al igual que acontece en la vigente regulación de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (art. 41.1), distribuyen la competencia que a las provincias se atribuye en los territorios españoles peninsulares entre los Cabildos insulares (art. 423.1 del ROF) como órganos de representación externa de las islas, y de modo que las atribuciones sumadas de las islas de cada provincia canaria se igualan en esencia con las de las provincias peninsulares, lo que quiere decir que en el Estatuto de Canarias y normativa de desarrollo se respeta la garantía institucional que para las provincias impone el artículo 141 de la Constitución, ya que además de las islas y sus Cabildos, que son organizaciones provinciales, existen las Mancomunidades Provinciales Interinsular, con unas competencias, que aunque sean mínimas, están en una lógica coordinación con las que corresponden a las Comunidades Autónomas y a los Cabildos a partir de la entrada en vigor de la Constitución. Siendo estos argumentos trasladables para

apoyar la constitucionalidad del artículo 41.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.

Siguiendo con el enjuiciamiento de las alegaciones apelatorias del señor de T. I., que en esta fase se centran sobre la invalidez del artículo 5.2 del Decreto Autonómico impugnado, que dispone que «los funcionarios pertenecientes a los cuerpos nacionales de Administración Local... se integrarán en los Cuerpos de Funcionarios de la Comunidad Autónoma o de los Cabildos Insulares de las islas capitalinas, permaneciendo en servicio activo, ocupando en este último caso su plaza a extinguir, si bien adscritos a efectos funcionales en el Cabildo insular de su residencia», ha de decirse que no se consideran estimables las alegaciones que al respecto formula el recurrente, pues el precepto en cuestión puede ser interpretado en un sentido que le haga compatible con el mantenimiento del puesto de trabajo de Secretario en la Mancomunidad Provincial Interinsular, dado que en el Anexo I.B) del decreto recurrido está prevista la subsistencia de ese organismo, que el artículo 41.2 de la Ley de Bases de Régimen Local denomina «órgano de representación y expresión de los intereses provinciales», cumpliendo esta misma finalidad, lo que lógicamente supone que, para el desarrollo de esa competencia, deba contar con la asistencia de un Secretario, puesto que su intervención condiciona la validez de los actos en que se expresa esa competencia. Siendo válido que a la vista del contenido de las funciones a ejercitar por la Mancomunidad, la relación funcionarial de esos Secretarios se haya organizado integrándolos en los Cabildos Insulares de la capitalidad, que son los que están llamados a prestar el apoyo burocrático a la Mancomunidad, según el Anexo I.B), como se ha hecho al dar efectividad al precepto impugnado (relación 9 del Anexo), pues esa actuación organizatoria corresponde a las potestades ejecutivas otorgado a la Comunidad Autónoma (arts. 149.1.18 de la Constitución, y 32.1.°.I del Estatuto de las Islas Canarias), y no supone desconocimiento de los derechos adquiridos de los funcionarios afectados, y a que, extendiéndose tales derechos a los concernientes al contenido de la función y derechos económicos, es claro que los Secretarios, como el recurrente, después de la solución organizatoria elegida por el Gobierno Canario, siguen teniendo la posibilidad de continuar desarrollando sus funciones de fedatarios públicos de asesoramiento legal preceptivo, indistintamente bien sea en el puesto de trabajo de la Mancomunidad o en el del Cabildo. Debiendo observarse que, según manifestaciones del actor en la demanda, esa interpretación es la que ha realizado la Administración demandada, visto que aquél afirma que estaba actuando, al tiempo del recurso, «por la vía de hecho como Secretario de la Mancomunidad Provincial de Santa Cruz de Tenerife», después de haber sido adscrito al Cabildo de Santa Cruz de Tenerife. Y sin que en ningún momento se niegue por el recurrente que haya sido perjudicado en sus derechos econó-micos.

Entrando a conocer de la apelación formulada por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Canarias, que se centra en la impugnación de la sentencia, en cuanto declaró la nulidad del artículo 3.° y del Anexo I.B), del tan nombrado Decreto del Gobierno de Canarias 107/1985, preceptos que establecen, en síntesis, que los recursos económicos de las Mancomunidades Provinciales Interinsulares se distribuían entre los Cabildos Insulares, y que las citadas Mancomunidades tendrán únicamente la representación de la provincia respectiva y serán órganos de expresión de los intereses provinciales, sin organización administrativa propia, y que para el ejercicio de competencia recibirán el apoyo que necesiten del Cabildo donde se encuentre establecida la capitalidad provincial, cabe exponer que esta apelación debe prosperar, pues el pronunciamiento de la sentencia a que se ha hecho referencia excedía de las pretensiones que se suscitaron en la demanda, ya que en el suplico de ésta se concretaba que la impugnación se dirigía contra aquellos preceptos del Decreto 107/1985, cuya nulidad determinara el derecho del señor de T. I. a ostentar el cargo de Secretario de la Mancomunidad Provincial Interinsular de Santa Cruz de Tenerife, bajo la dependencia directa de dicha Corporación, siendo así que aunque se procediera a la anulación

de dicho artículo 3.ª y Anexo I.B) del Decreto en cuestión, no sería inexorable que el señor de T. I. siguiese ostentando el cargo en la forma que pretendía, en cuanto que tal anulación podría impedir que la Comunidad Autónoma Canaria, en uso de sus potestades organizatorias eligiera como solución organizatoria la expresada en el artículo 5.º del Decreto discutido, bajo la cual los funcionarios de los antiguos Cuerpos Nacionales pasaban a depender funcionalmente de los Cabildos, que son órganos de las islas, entes locales territoriales con recursos económicos suficientes para cumplir obligaciones con los nuevos funcionarios que se les adscriban. Argumentación que explica que en la sentencia apelada, a pesar de que en ella se declara la nulidad del artículo 3.º y Anexo I.B) del Decreto 107/1985, no se acogiera la pretensión del demandante relacionada con el reconocimiento de su derecho al cargo, en los términos antes reseñados. O sea, desde otro punto de vista, que el demandante, señor de T., carecía de interés y, por tanto, de legitimación para impugnar aquellos aspectos del decreto autonómico que únicamente se relacionaran con el cumplimiento de la legalidad ordinaria (art. 105 la Ley de Bases de Régimen Local) o constitucional (art. 142), de los que no derivasen derechos o intereses para el accionante en el sentido en que planteaba sus pretensiones, al tratarse de una materia en la que no rige la acción pública. Legalidad que, en cualquier caso, no parece desconocida a la vista de la significación provincial de los Cabildos, a que se ha hecho referencia, y a la previsión del apoyo de dichos Cabildos para el ejercicio de competencias que subsiste en la Mancomunidad, prevista en el inciso final del Anexo I.B) del Decreto recurrido. *(Sentencia de 29 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 115.)*

3. *Mancomunidades. Impugnación de un acuerdo de la Mancomunidad por Ayuntamiento que forma parte de la misma. No es necesario haber votado en contra.*

El recurso interpuesto en este proceso contra los acuerdos de la Mancomunidad de Municipios del Valle del Jerte, provincia de Cáceres, por los que se determinó como sede de la capitalidad de la Mancomunidad a la localidad de Cabezuela del Valle de 21-12-1987, y se desestimó el recurso de reposición contra ese acuerdo de 19-2-1988, dimanante del recurso formulado por el representante del Ayuntamiento de Vasconcejo, se articuló en nombre del recurrente y de esa corporación local para lo cual aquél fue apoderado según consta en el documento presentado con el escrito de demanda por el señor Alcalde de dicho Ayuntamiento; apoderamiento acorde con la representación que por imperativo legal tenía el demandante, ya que según el artículo 44 de la Ley de Bases de la Administración Local, párrafo 2 del número 2: «en todo caso los órganos de gobierno serán representativos de los Ayuntamientos, mancomunados», de lo que se infiere que el demandante, al recurrir en reposición en nombre propio y en el del Ayuntamiento de Vasconcejo y en este proceso lo hizo debidamente legitimado, de conformidad con el artículo 28.1.*a)* de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, por tener interés directo esa corporación municipal en la anulación del acuerdo impugnado, pues por el mismo se le priva de ser la sede como capital de la mancomunidad; interés directo que, de conformidad con el meritado artículo de la Ley Procesal Contencioso-Administrativa, en relación con el 63.1) de la citada Ley de Bases: «Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurren en infracción del ordenamiento jurídico...», de lo que se deduce que el legislador no ha querido restringir el régimen jurídico aplicable a las reclamaciones contencioso-administrativas en orden a la legitimación de los que tengan interés directo en la anulación de los actos impugnados, en el supuesto concreto de las Mancomunidades de Municipios a que el demandante hubiera votado en contra del acuerdo aprobado, sino que incidiendo un interés

directo y representando los órganos de Gobierno de la Mancomunidad a los Ayuntamientos, éstos, en el ejercicio de su derecho como partícipes en la misma, pueden impugnar los actos que estimen lesivos a su derecho o interés legítimo aunque su representante no hubiere votado en contra y no participado en la votación y ausentado de la sala en que tuviera lugar, lo que equivale a la abstención, artículo 46.2.*b)* de la mentada Ley de Bases; interpretación conforme con el principio *pro actione* y con la literalidad de los preceptos indicados; de los que no puede deducirse que los acuerdos de un órgano de Gobierno de una Mancomunidad no puedan ser recurridos por los representantes de los Ayuntamientos integrados en la misma; representación que no fue negada en la sesión en que se adoptaron los acuerdos recurridos ni resulta acreditado que no estuviera conforme a Derecho la designación hecha por el Ayuntamiento de Navaconejo de su representante. *(STS de 11 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 2247.)*

B) *Competencias. Obligación de incluir en los presupuestos las cuantías suficientes para hacer frente al cumplimiento de dichas competencias.*

Es también improcedente considerar que la compañía Eléctrica reclamante ha planteado en vía jurisdiccional cuestiones no suscitadas en vía administrativa. Tanto en vía administrativa como jurisdiccional, la compañía «Eléctrica de S. y Cía., S.A.» ha pretendido que se abonen las cantidades —no únicas— que el Ayuntamiento le adeuda por consumo de energía eléctrica en los ejercicios de 1983, 1984 y 1985, en cuantías ya reconocidas expresamente por el Municipio para los dos primeros ejercicios (Acuerdo de 11-1-1986), más los intereses correspondientes. Y, al menos para las cantidades ya reconocidas, correspondientes a los ejercicios de 1983 y 1984, es eficaz el medio para ello elegido, consistente en impugnar el presupuesto municipal para el ejercicio de 1986 (art. 113 LRBRL y 446 y 447 del Texto Refundido de 1986, correspondiente a los artículos 683 y 684 del texto anterior), demostrando que el mismo contiene partidas cuya mención precisa, aunque significativa, consideramos excusable, que deben considerarse de prioridad muy secundaria, por comparación a la falta de atención que reciben los créditos prioritarios para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la Corporación, como —sin duda alguna— lo son los gastos dimanantes del servicio de alumbrado (Casa Consistorial, cementerio, traída de aguas, alumbrado público, etc.) que afecta a una competencia obligatoria del municipio. La autonomía municipal alcanza, sin duda, a la autonomía presupuestaria y financiera de los municipios (arts. 137 y 142 CE; 122 y siguientes LRBRL, y, en la actualidad, 9 de la Carta Europea de Autonomía Local), pero las competencias presupuestarias municipales no autorizan a omitir, en circunstancias como las que aquí concurren, los créditos necesarios para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local en virtud de un precepto legal o por cualquier otro título legítimo (art. 112 LRBRL y 447 del Texto Refundido de 18-4-1986). No es ajustado a Derecho que el presupuesto municipal contenga partidas para gastos de menor cuidado, mientras omite una consignación suficiente para el pago de créditos correspondientes a cantidades ya vencidas y líquidas que afectan a competencias obligatorias del municipio, por lo que la impugnación deducida ha sido correctamente estimada en primera instancia. Resulta, sin embargo, que la entidad reclamante no se ha limitado a pedir la declaración de nulidad de pleno Derecho del presupuesto municipal para 1986 —pretensión que habría planteado dificultades a la corporación demandada—, sino que —advirtiendo la posibilidad de que el presupuesto se hubiera ya ejecutado al concluir el proceso— incluyó otras pretensiones, que denominó subsidiarias, complementarias o alternativas para que la corporación hiciera de inmediato frente a las obligaciones preferentes contraídas. Una de esas pretensiones alternativas —aunque consecuencia evidente de la esti-

mación de la impugnación del presupuesto de 1986— es la que prudentemente ha acogido el juzgador de instancia (como razona en los Fundamentos de Derecho 1.° y 7.° de la sentencia apelada). El artículo 15 del Real Decreto-Ley 11/1979, de 20 de julio, o, en la actualidad, el artículo 448.3 *in fine* del Texto Refundido, establecen el procedimiento que el Ayuntamiento debe seguir para el pago de las deudas líquidas reclamadas en el presente recurso —con sus intereses—, debiendo el Ayuntamiento habilitar el crédito correspondiente para la cantidad total resultante sin excusa o pretexto alguno y en forma inmediata. Dicho crédito deberá comprender los extremos señalados en el fallo de instancia, aunque con exclusión de las cantidades reclamadas referidas al ejercicio de 1985. En efecto, debemos estimar en este único punto del recurso de apelación interpuesto y excluir, como excluimos, la reclamación correspondiente a dicho ejercicio de 1985, por no resultar líquidas e indiscutidas dichas cantidades. Esta exclusión deja, desde luego, a salvo el derecho de la entidad apelada a reclamar y percibir las cantidades que como resulta también se le deben por dicho ejercicio de 1985, y se funda únicamente en la falta de determinación y exigibilidad que, en el momento en que se produce la impugnación del presupuesto de 1986 que aquí examinamos, tenían dichas cantidades. *(STS de 27 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 3235.)*

C) *Impugnación de acuerdos. El carácter restrictivo con que hay que interpretar las facultades de impugnación reconocidas al Estado y a las CC.AA. por los artículos 65 y 66 de la LBRL impide aplicar en su favor el mecanismo del silencio en caso de que la entidad local no atienda el requerimiento, que no equivale a un recurso de reposición.*

El artículo 26 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Local establece que el requerimiento se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo, si bien en el caso de haber solicitado ampliación de la información quedará interrumpido el cómputo del plazo, que se reanudará a partir de la recepción de la documentación interesada. Consta que al menos desde el 6-5-1987 el Excelentísimo señor Gobernador Civil tenía conocimiento de los acuerdos impugandos, solicitando ampliación e informes al Alcalde Presidente del Ayuntamiento de El Viso del Alcor en 12-5-1987, recibiendo la contestación sobre la ampliación citada de los Decretos números 190, 200 y 220 el 26-5-1985, y de los números 192 y 198 el 28-5-1987, efectuándose el requerimiento el 27-6-1987, de donde resulta que respecto de aquellos Decretos el plazo de quince días establecidos había transcurrido en exceso, resultando el requerimiento extemporáneo; respecto de los Decretos 1985, 186, 191, 193, 194, 195 y 197, consta el informe del Ayuntamiento de El Viso del Alcor con fecha 27-5-1987, si bien no consta la recepción por parte del Gobierno Civil, por lo que habrá de estar a lo firmado por éste de haberlo recepcionado el 15 de junio.

A partir del día 15-6-1987 la Administración del Estado, conforme al artículo 65.3 del Reglamento antes citado, o bien podía requerir al Ayuntamiento para que anulara dichos Decretos fijándole el plazo al efecto y transcurrido éste acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo de dos meses, o bien impugnar aquello directamente en el plazo de dos meses desde la recepción de la ampliación. La administración estatal no se somete a los estrictos términos estipulados, y si bien efectúa un requerimiento omite plazo alguno, plazo que a la luz de las normas citadas se muestra como sustancial, y tres meses y ocho días después impugna aquellos ante esta jurisdicción alegando que no existe extemporaneidad puesto que al omitir plazo en el requerimiento entra en juego la figura del silencio administrativo, y por tanto el recurso es temporáneo al haberse interpuesto dentro del año. Tesis ésta que no puede ser compartida, pues si

alguna duda pudiera existir, ésta parece despejada tras la STC 214/1989, de 21 de diciembre, que, entre otras cosas, afirma: «no se pone en cuestión ya que los artículos 65 y 66 de la LRBRL presentan una incuestionable dimensión jurídico procesal», «no se trata, en realidad, de un control de los actos y acuerdos locales por la Administración estatal o autonómica, sino de la regulación de la legitimación precisa para la impugnación de los mismos ante la jurisdicción contencioso-administrativa», no puede olvidarse que tales declaraciones se realizan sin perder de vista el resbaladizo tema de la conjugación de la autonomía municipal y el control de sus actos; pero lo que aquí nos interesa resaltar en base al objeto que nos ocupa a la luz de la normativa aplicable y desde la dimensión ofrecida por el Tribunal Constitucional, es sobre todo que a través de dicha regulación legal se habilita o, mejor, legitima, al Estado, y en su caso a la Comunidad Autónoma, para poder recurrir los acuerdos municipales, esto es, para ser un simple recurrente, si bien arbitrando a su favor una prerrogativa que se plasma procesalmente, prerrogativa ésta que se traduce en poder impugnar los actos o acuerdos de la entidad local ante esta jurisdicción, bien directamente en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo, o transcurrido dos meses desde el vencimiento del plazo de requerimiento, no existe, pues, prevista una tercera vía, y en base a la naturaleza y carácter de la citada prerrogativa debe ser interpretada restrictivamente, sin poder ser aplicada a supuestos distintos ni poder aplicársele la regulación establecida con carácter general, y no cabe, por consiguiente, equipar el requerimiento con el recurso de reposición, ni aplicar la figura del silencio administrativo que responde a una exigencia procedimental distinta a la aquí contemplada. Por tanto, la interpretación de las normas reguladoras para la impugnación jurisdiccional de los actos o acuerdos de las entidades locales por la Administración del Estado o por las Comunidades Autónomas, ha de ser estricta y ajustada a los propios términos, y establecidos dos cauces para dicha finalidad, necesariamente la impugnación ante esta jurisdicción habrá de hacerse por uno o por otro, de ahí que en el caso de elegir aquel que exige el previo requerimiento éste deberá reunir los requisitos exigidos legalmente, entre ellos el plazo, el cual es esencial, en el primer supuesto contemplado en el número 4 del artículo 215 del Reglamento meritado, para el inicio del cómputo de los dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo; por tanto, si no se señaló plazo, como sucede en el supuesto de autos, ha de entenderse que al faltar un requisito esencial en el requerimiento se ha de tener como realizado, no quedando más posibilidad que la impugnación directa (art. 215.5) en el plazo de dos meses, y al haber transcurrido este exceso se debe tener por extemporáneo el recurso contencioso-administrativo interpuesto. De todo lo anterior se deriva la inadmisibilidad del presente, lo cual impide entrar sobre el fondo, si bien el propio Excelentísimo Ayuntamiento de El Viso del Alcor, en la contestación a la demanda, parece plegarse a las pretensiones actuadas, reconociendo implícitamente su irregular proceder, y da a entender no haber procedido conforme al artículo 184 de la Ley Jurisdiccional y «requerir la legalización más adelante, cosa que luego el propio recurso contencioso ha paralizado de hecho».

No se aprecia mala fe ni temeridad que conllevaría la condena de costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Tribunal Supremo)

Los de la sentencia apelada, que sustancialmente se aceptan, y además:

PRIMERO.—Sin poner objeción alguna a los razonamientos de la Sala de instancia en los dos primeros fundamentos de derecho de su sentencia y aceptándolos por ello implícitamente, sin tener en cuenta que los mismos también conducían a la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, total en un caso y parcial en otro, el Abogado del Estado apelante reduce su escrito de alegaciones a mantener su tesis de que la falta de consignación de plazo en el requerimiento

para que la Corporación Local anule el acto hace entrar en juego la doctrina del silencio administrativo y, por tanto, el plazo de un año para interponer el recurso contencioso-administrativo, contando a partir del requerimiento. No es ello así en una correcta interpretación del régimen impugnatorio establecido en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y desarrollado en el artículo 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, razón por la que la apelación ha de ser desestimada a mayor abundamiento. En efecto, conforme a lo dispuesto en los expresados artículos, la Administración del Estado, o la de la Comunidad Autónoma, a la recepción de la comunicación del acto o, en su caso, de la ampliación que hubiere solicitado, puede optar entre impugnarlo directamente en el plazo de dos meses ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o requerir a la entidad local para que lo anule. Pues bien, en este segundo supuesto el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, también de dos meses, se inicia a partir del vencimiento del plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local o de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, es decir, produciendo el silencio en un caso o producido acto expreso en el otro, particularidad de la que se desprende la gran importancia del señalamiento de plazo en el requerimiento y que hace erigir al mismo en elemento esencial de él, con la consciencia de invalidar su no consignación, toda vez que su falta impide, por una parte, la producción del silencio y por otra la inexistencia de un *dies a quo* para el cómputo del plazo establecido para recurrir en vía contencioso-administrativa. Sin que este inconveniente pueda obviarse con la aplicación del plazo de un año para impugnar en los casos de desestimación presunta del recurso de reposición, tal como la representación del Estado pretende, puesto que, en primer lugar, el requerimiento no es propiamente un recurso de reposición y, en segundo término, la falta de señalamiento de un plazo para atenderlo o rechazarlo impide la producción del silencio, cosa que no ocurre en la reposición. Razones que obligan a la Administración del Estado en este caso, por no haber consignado plazo alguno en su requerimiento, a impugnar los actos del Ayuntamiento de El Viso del Alcor conforme a la primera opción de las ofrecidas legal y reglamentariamente, y que al no haber procedido así hacen a su recurso totalmente extemporáneo y, por consiguiente, inadmisible, tal como lo entendió la Sala de instancia. *(STS de 3 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 706.)*

V. Dominio público

Costas. La suspensión jurisdiccional de un acuerdo administrativo producida en aplicación del artículo 119 de la Ley de Costas puede ser levantada a solicitud de la Administración afectada, por analogía con lo previsto en el artículo 66.2 LBRL, con independencia de que el auto de suspensión haya sido recurrido en apelación.

El Abogado del Estado, en representación de la Administración General, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de fecha 16-9-1988, por el que se aprobaba definitivamente el Plan Parcial del Sector IV-Finca S'Almudaina y Camino a Cala Egos, del Municipio de Andraitx.

En el escrito de interposición solicitó, por medio de otrosí, la suspensión de los actos impugnados en su totalidad o subsidiariamente en la parte que la

aprobación afecta al dominio público marítimo-terrestre estatal y limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre. La Sala Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, por Auto de 22-6-1989, acordó la suspensión interesada con carácter subsidiario. Contra este último auto se interpuso recurso de apelación por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Con independencia del referido recurso de apelación, el Letrado de la Comunidad Autónoma solicitó por escrito de 20-12-1989 el levantamiento de la suspensión, interesando la aplicación analógica del último inciso del artículo 66.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local. La Sala de instancia, por Auto de 22-12-1989 —objeto de la presente apelación—, decretó la nulidad de actuaciones practicadas desde aquella que admitió a trámite el recurso de apelación (Providencia de 7-7-1989) y todas aquellas posteriores que traen causa de la citada y admitió a trámite la solicitud de la Administración de la Comunidad Autónoma interesando el levantamiento de la suspensión acordada, formando a tal efecto la oportuna pieza de suspensión.

De lo hasta aquí consignado se infiere que la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, ante el acuerdo de suspensión decretado por la Sala de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley de Costas, adoptó una doble reacción procesal, una mediata, recurriendo en apelación dicho acuerdo, y otra posterior, interesando el alzamiento de la suspensión, al amparo analógico del último inciso del artículo 66 de la Ley de Bases de Régimen Local. El ejercicio de esta doble vía resulta perfectamente compatible, por cuanto aquella primera reacción se produce ante una medida de suspensión adoptada «en el primer trámite siguiente a la petición de la misma» (art. 119 de la Ley de Costas), sin más audiencia ni otra intervención que la del órgano jurisdiccional, mientras que la petición posterior pretende, según se desprende del artículo 66.2 de la citada Ley de Bases, el alzamiento de la suspensión decretada por entender que de ella derivan perjuicios al interés local no justificados por las exigencias del interés general hecho valer en aquella primera petición de suspensión. Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos pueden ser rectificados en cualquier momento a la vista de los nuevos datos o circunstancias puestos en conocimiento del Tribunal, por lo que nada se opone a que aquella suspensión inicial, adoptada con carácter de urgencia por el órgano jurisdiccional, tras la ponderación tan sólo de los intereses generales afectados, puede ser modificada como consecuencia de la posterior petición de las demás partes interesadas, y por ende la apelación de aquella suspensión inicial no obstaculiza la ulterior solicitud del levantamiento de dicha medida.

No habiéndolo entendido así la Sala de instancia, procede dejar sin efecto el auto impugnado a fin de posibilitar, de una parte, el recurso de apelación admitido por Providencia de 7-7-1989 y dejado sin efecto en virtud del auto recurrido, y de otra continuar la tramitación de la posterior petición de levantamiento de la suspensión decretada; sin que resulte factible el examen de la cuestión de fondo, pues se desbordaría notablemente el ámbito del presente recurso, con quiebra de las necesarias garantías de defensa del resto de posibles interesados. *(Auto de 24 de diciembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 369 de 1992.)*

VI. EXPROPIACIÓN FORZOSA

A) *Necesidad de ocupación. No es legítima la expropiación de un inmueble para Casa de Cultura cuando el mismo Ayuntamiento es propieta-*

rio de otro edificio igualmente apto para aquel fin. En el supuesto de paridad de circunstancias entre ambos inmuebles, no existe necesidad de ocupación del de propiedad privada.

La parte recurrente cuestiona la idoneidad del edificio expropiado para los fines perseguidos manteniendo, en definitiva, la no concurrencia de la utilidad pública, necesaria para la procedencia de cualquier expropiación según el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa.

El instituto expropiatorio, en cuanto supone (art. 1.° de la LEF) la privación singular de la propiedad privada, o derechos o intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente, exige la plena justificación (art. 33.3 de la Constitución) de la utilidad pública concurrente en cada supuesto de expropiación, justificación extensible no sólo a la finalidad de la *causa expropiandi*, sino también a la concreción específica de los bienes expropiados que han de ser los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación, que ha de lograrse con el mínimo sacrificio posible de la propiedad privada, reconociendo constitucionalmente el título I de la Constitución como uno de los derechos básicos de los ciudadanos, y de ahí el imprescindible control jurisdiccional de la posible extralimitación de la Administración en el señalamiento de los bienes expropiados contenido en el acuerdo de la necesidad de ocupación, porque el ordenamiento jurídico (STS 30-3-1990) no otorga a la Administración un pleno poder para expropiar, sino una potestad limitada en cuanto a su ejecución, limitación que deriva en primer lugar de la naturaleza misma de las potestades administrativas que deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad y, en segundo lugar, de los conceptos, inequívocos, reglados que utiliza la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 15 (necesidad concreta, bienes estrictamente indispensables), a los que debe acomodarse la Administración, al igual que el fin que justifica dicho ejercicio.

La formulación de la expropiación contenida en el artículo 33 de nuestra Constitución presupone que la finalidad de la privación o restricción de la propiedad privada, concretada en la subordinación de tal derecho a las necesidades del interés público o utilidad social, ha de recaer en la fijación de un bien concreto y específico, adecuado para el cumplimiento de tales necesidades públicas o sociales.

Tal fijación no puede quedar sometida al libre arbitrio de la Administración ni a un margen de discrecionalidad exento de control jurisdiccional. El bien elegido para la expropiación ha de ser siempre el que responda a la traducción más exacta y fiel de la finalidad perseguida, que en el supuesto de concurrencia de varias posibles soluciones de similar entidad expropiable ha de dirimirse la elección por la que represente el menor sacrificio del derecho de propiedad privada.

El propio artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa resume magistralmente lo acabado de exponer cuando preceptúa que la Administración resolverá sobre «la necesidad concreta» de ocupar los bienes que sean «estrictamente indispensables» para el fin de la expropiación.

La esencia de la potestad expropiatoria atribuida a la Administración Pública radica, pues, en el logro de los fines sociales antecitados, dotándola de los instrumentos jurídicos necesarios para ello, pero todo sobre la base de que aquéllos no puedan lograrse con semejante plenitud a través de otras vías, o bien que no supongan la privación de la propiedad privada o de los derechos anejos a ella.

Si, tal como establece el artículo 33.2 de la Constitución, la función social del derecho de propiedad privada delimita su contenido, y nadie puede ser privado de ella sino en virtud de tal función (art. 33.3), y siendo aquélla un derecho esencial de los ciudadanos (art. 33.1), es claro que la armonización de todos los principios contenidos en tal artículo 33 de la Constitución exige que el ejercicio de la potestad expropiatoria no pueda tener por objeto la propiedad privada de los ciudadanos,

cuando tal función sea susceptible de ser integrada, en paridad de condiciones, a través de bienes cuya titularidad sea ostentada por la entidad pública promotora de la expropiación o beneficiaria de ella, y cuya situación jurídica y fáctica, de uso y destino, sea adecuada a los fines perseguidos con la pretendida expropiación.

La colisión de derechos que presupone el binomio —instituto expropiatorio-propiedad privada—, sólo puede, pues, ser resuelta en favor del primero, cuando de modo taxativo e inequívoco, así lo exija como única o prevalente solución, la utilidad pública o interés social, sin cuya presencia nadie puede ser privado de sus bienes, y ello en aras (art. 33.2 CE) de la función social del derecho de propiedad privada como criterio delimitador de su contenido.

En el supuesto aquí enjuiciado, el Ayuntamiento de Cudillero acordó la expropiación del edificio denominado «La Obra», sito en la calle de Riofrío de dicha localidad, para constuir una Casa de Cultura, de finalidad indiscutible de utilidad pública, toda vez que la creación o potenciación del patrimonio cultural de una colectividad, en cuanto ello supone el enriquecimiento de las señas de identidad de un pueblo y la exaltación de sus valores espirituales, artísticos e históricos, integra precisamente uno de los más característicos elementos constitutivos del concepto jurídico indeterminado de interés público y utilidad social.

De las propias alegaciones de las partes y del informe pericial acordado para mejor proveer, se deduce que en la villa de Cudillero existe el edificio de propiedad municipal denominado vulgarmente «La Cárcel», en su día utilizado como ateneo y biblioteca pública, ubicado en el centro de la urbe y en mejor estado de conservación que el edificio expropiado llamado «La Obra», contando con un espacio reservado para aparcamiento de vehículos y con acceso por escalinatas que lo bordean, estimándose a simple vista una capacidad de «La Cárcel» algo menor que la de «La Obra».

Todos los factores expuestos y conjugados son reveladores, a juicio de la Sala, de que las condiciones de ambos edificios para la instalación de la Casa de la Cultura de Cudillero son sustancialmente de similar entidad cuantitativa y cualitativa, sin que exista ningún aspecto esencialmente significativo que haga prevalente el destino de uno de esos edificios sobre el otro a los efectos de la finalidad pretendida.

En virtud de lo anteriormente expuesto, y existiendo un inmueble de propiedad municipal perfectamente idóneo, y en paridad de circunstancias, para la finalidad cultural de utilidad pública perseguida es claro que no concurre en el supuesto aquí contemplado, la «necesidad concreta de ocupación» del bien expropiado de propiedad privada, ni el mismo es «estrictamente indispensable» para el fin de la expropiación, lo que conduce inexorablemente a la estimación del presente recurso de apelación y la revocación de la sentencia apelada, con la consiguiente declaración de nulidad de los acuerdos de Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de 25-3 y 26-5-1988 que decretaban la expropiación del edificio denominado «La Obra», propiedad del apelante, sito en la calle Riofrío de Cudillero. *(Sentencia de 30 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 388 de 1992.)*

B) *Acuerdo del Jurado Provisional de Expropiación. Se reitera la doctrina de que las valoraciones realizadas por el Jurado no son susceptibles de suspensión cautelar, por ser actos que se agotan en sí mismos, con independencia de que al beneficiario le incumbe el deber de pago.*

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones, Autos de 11-12-1990 y de 14-10-1991, sobre la improcedencia de la medida cautelar de suspensión cuando la misma se pretende respecto a valoraciones de los Jurados Provinciales de Expropiación; habiendo de destacarse que el primero de tales Autos se

refiere, precisamente, a justiprecios recaídos en la misma expropiación que ahora es objeto de esta pieza separada, es decir, en los motivados por expropiación de terrenos para ejecución de la obra «Defensa contra las inundaciones en la localidad de Coria del Río». La razón esencial es de doble índole, a saber: a) Que para que un acto administrativo sea susceptible de suspensión es preciso que se trate de aquellos que, para producir efectos jurídicos, requieren de operaciones (jurídicas o materiales) posteriores a desarrollar por la Administración autora del mismo, pero tal suspensión no cabe cuando venga referida a actos que se agotan en sí mismos y que, por ende, su eficacia jurídica no requiere ulteriores actuaciones de ejecución. Tal sucede con las valoraciones emitidas por los órganos paritarios y arbitrales denominados Jurados de Expropiación, incardinados orgánicamente en la administración estatal, pues una vez establecida aquélla de modo firme, mediante el acto valorativo originario y el dictado en reposición, nada hay que ejecutar respecto a la valoración en sí misma, sino que lo que realmente sucede es que tal justiprecio ha de ser abonado por la entidad beneficiaria al expropiado, como un deber jurídico, que tiene plazos y consecuencias jurídicas determinadas, y b) En consecuencia, que lo realmente pretendido en estos casos no es la paralización de eficacia de un acto administrativo objeto de impugnación, sino la elusión, al menos temporal, de un deber jurídico regido por plazos legales y con la obligación de abono de intereses moratorios en otro caso, cual el pago del justiprecio a los expropiados.

Las alegaciones en instancia y en esta apelación de la representación del Ayuntamiento de Coria del Río, ostentada en este proceso por los Servicios Jurídicos Provinciales de la Excma. Diputación Provincial de Sevilla, con base en la competencia propia de asistencia jurídica a los Municipios que a dicha Corporación Provincial atribuye el artículo 36.1.*b)* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 447.2 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, dichas alegaciones, insistimos, no desvirtúan lo antes expuesto, pues la insuficiencia de consignación presupuestaria para el abono del justiprecio fijado puede suplirse, durante el período semestral para proceder al pago, mediante la habilitación del crédito suplementario o extraordinario que subvenga a dicha obligación jurídica, y porque las dificultades de Tesorería, no concretadas por otra parte, no pueden dar cobertura a la paralización de dicha obligación de pago y a la consecuencia de abono de intereses moratorios, en su caso. Así pues, y reiterando la doctrina contenida en los Autos al principio mencionados, se impone la desestimación del recurso de apelación del Ayuntamiento de Coria del Río y la consiguiente confirmación del Auto apelado, que no accedió a la instada suspensión como ajustado a Derecho. *(Auto de 27 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Av. 215 de 1992.)*

VIII. MONTES

La obligación de repoblar el monte en el que se ha realizado una tala no tiene carácter de sanción, por lo que no se ve afectada por la prescripción de la infracción si la tala es ilegal.

El problema aquí planteado radica única y exclusivamente en determinar la extensión y límites de los efectos del instituto prescriptivo, porque, como afirma la STS 7-11-1985, es necesario distinguir entre la prescripción del ejercicio de la facultad sancionadora de la Administración y el de la utilización de las medidas tendentes a la estricta subsanación de la realidad material alterada sin que, como también expresa la S 14-7-1986, pueda haber confusión conceptual entre acto

sancionador y acto restaurador independiente de la licitud o ilicitud de la conducta.

Precisamente el espíritu y finalidad de tal doctrina aparece perfectamente reflejado en el Reglamento de Montes, en cuyo titulo VI, que lleva por rúbrica «De la extinción de la responsabilidad», y en su artículo 471 preceptúa que la responsabilidad de carácter correccional que dimana de las infracciones se extingue por la prescripción de la infracción, lo que claramente expresa que el efecto propio de la prescripción sólo se extiende a las responsabilidades de carácter correccional dimanantes de la conducta sancionable, entre las que también incluye el artículo 475 la obligación de indemnizar daños y perjuicios a terceros, y así el artículo 459 señala que el autor de cualquiera de las infracciones señaladas en dicho Reglamento, además del pago del de la multa vendrá obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Por el artículo 432 aplicado en las resoluciones administrativas aquí combatidas, castiga la corta ilícita de arbolado con la correspondiente multa, agregando además la obligación de repoblar los terrenos afectados.

Pero tal obligación de repoblar en modo alguno tiene el carácter correccional determinante de la responsabilidad extinguible por prescripción, como lo corrobora el artículo 233, que para el supuesto de cortas de arbolado legalmente autorizadas y ejecutadas con plena licitud, llevan aparejada, según su dicción literal, la obligación, por parte del dueño, de repoblar de arbolado, en el plazo de dos años, el terreno en que aquéllas se realizaron. Lo que es revelador de que la obligación de repoblar no es susceptible de ser encuadrada entre las sanciones o medidas punitivas o correctivas que se extinguen por la prescripción, porque tal reforestación es independiente de la licitud o ilicitud de la conducta de deforestación, constituyendo una especie de obligación *ob rem* ínsita al terreno objeto de la tala de arbolado, exigible en todo caso y derivada objetivamente del hecho de la deforestación, en aras del interés público de la conservación del medio ambiente tutelado especialmente en el artículo 45 de la Constitución. *(Sentencia de 19 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1250.)*

VIII. EDUCACIÓN

Principio de confianza legítima. El Tribunal Supremo utiliza el principio de confianza legítima como criterio para controlar la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad de subvencionar a la enseñanza privada.

La concesión o denegación por la Administración de las subvenciones en orden a lograr la gratuidad de la enseñanza no responde a criterios de discrecionalidad absoluta, rayana con la arbitrariedad, vedada por el artículo 9 *in fine* de la Constitución, sino que ha de fundarse en fundamentos fácticos y jurídicos apropiados, o en el aspecto donde entre el elemento de una discrecionalidad relativa ha de basarse en los informes preceptivos que la normativa jurídico-procedimental establece.

Como dice la sentencia ahora apelada, «la procedencia de la concesión de la subvención para las seis Unidades de Formación Profesional de Segundo Grado, «Otras Ramas» —ahora también controvertidas— es indiscutible, en razón de darse todas las exigencias precisas, ya que la relación de alumno-aula supera la media de 35, y, por otra parte, estas Unidades estuvieron subvencionadas en curso anterior», y lo cierto es que la resolución administrativa se aparta de los informes emitidos dentro del expediente por órganos competentes para hacerlo.

Tampoco se ha de olvidar que la subvención de actual referencia es solicitada antes del comienzo del curso 1984-1985, existiendo las mismas razones para obtener la subvención que en cursos anteriores; la Administración tácitamente permite el comienzo de su funcionamiento, lo que origina en el centro solicitante una «confianza legítima» en que ha de ver atendida su petición como en cursos anteriores, lo que le obliga a disponer los medios materiales y de profesorado para impartir de modo gratuito para los alumnos de las enseñanzas de referencia, y luego, estando próximo a formalizar el curso —el 31-7-1985—, una vez desembolsado dicho esfuerzo económico y personal, se encuentra con el recorte de la subvención no razonablemente prevista, con la merma de una Unidad en la forma dicha. Pues bien, en virtud del principio de «Confianza legítima», acuñado por el Tribunal Internacional de la Comunidad Europea, que como trasunto del principio de la *bona fides* aplicado por los Tribunales españoles en la posible pugna entre el principio de «legalidad» y el de «seguridad jurídica», protegidos por la Constitución de 1978 cuando del actuar de la Administración se trata, ha de primar el segundo sobre el primero cuando aquélla, por actos ostensibles y externos, da motivo a que los ciudadanos, que confiando en el mandato constitucional que la obliga a actuar conforme al ordenamiento jurídico, realizan determinados actos, en la fundada creencia que han de ser reconocidos al final de un expediente, ya que de no existir esa fundada confianza en los actos externos de la Administración, el ciudadano normalmente no los hubiera realizado. Pues como tiene implícitamente declarado esta Sala, que ahora enjuicia, «el principio constitucional de "seguridad jurídica" reclama, dentro de un trato igual para todos en circunstancias iguales, una protección de la "confianza legítima" de los ciudadanos en que sus pretensiones han de ser resueltas, del mismo modo y alcance, que lo fueron otras en idénticas condiciones, todo ello dentro de la legalidad establecida y sin discriminaciones injustificadas». *(Sentencia de 13 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 1699.)*

IX. TAXIS

Al estar supeditada a autorización administrativa la transmisión de licencias de taxi, las mismas no pueden ser valoradas a efectos de liquidación del Impuesto sobre transacciones hasta que no se autorice la transmisión por parte de la Administración.

La Junta de Andalucía apelante parte de la distinción entre «concesiones» administrativas y «autorizaciones o licencias», distinción acertada, ya que ambas figuras son sustancialmente distintas en Derecho Administrativo, y por lo tanto no pueden recibir el mismo tratamiento fiscal. En la concesión, en efecto, la Administración transmite o concede al ciudadano un derecho que no tenía, por ser propio de la Administración, mientras que mediante la autorización, o mediante la licencia, la Administración autoriza al ciudadano a ejercer lícitamente una actividad o prestar un servicio público, propio o impropio, removiendo los límites impuestos al ejercicio de dicha actividad, que el ciudadano tenía en su patrimonio, pero que no podía ejercer hasta que esos límites fueran removidos. Es por lo tanto exacto el examen de que ambas figuras jurídicas realiza la Corporación apelante en su escrito de alegaciones, como anteriormente había hecho en su escrito de demanda ante la Sala Territorial.

Que aunque nos hallemos ante una «autorización» o ante una «licencia» para el ejercicio de la actividad de auto-taxis de determinado vehículo, es lo cierto que ésta no puede ser transmitida por su titular a sus descendientes sin la preceptiva

autorización municipal, por lo que es evidente que hasta que esa autorización no se consiga, *como requisito necesario para la transmisión, la licencia carece* de valor alguno, y en cambio el vehículo sí lo tiene, objetivamente, con licencia o no para prestar el servicio de auto-taxis. Es por lo tanto también evidente que así como el vehículo adscrito a la licencia tiene un valor de mercado, la licencia carece de valor hasta que sea autorizada su transmisión, valor cambiante, en más o en menos, según el número de las concedidas para ejercer esa actividad y prestar ese servicio público impropio en el momento en el que se autorice la transmisión. Por ello, no es procedente asignar un valor a dicha licencia, cuando el valor que tiene es el de mercado, y sin embargo no puede ser ofertada en el mercado sin que lo permita expresamente el Ayuntamiento. *(STS de 1 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 1448.)*

X. LIBERTADES PÚBLICAS

A) *Derecho de reunión*

Con ocasión de resolver un recurso de apelación interés de la Ley, el Tribunal Supremo establece amplia doctrina acerca del derecho fundamental de reunión, del requisito de la comunicación previa a la Administración y del ámbito de intervención de la jurisdicción.

1. El artículo 21 de la Constitución reconoce el derecho fundamental de reunión pacífica y sin armas, pero no lo define porque la Constitución está, fundamentalmente, para proteger los derechos subjetivos. Consecuentemente, corresponde a las normas de desarrollo precisar el contenido propio del derecho de reunión. La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, vino a desarrollar el precepto constitucional citado. A tenor de la Constitución y de dicha Ley Orgánica, el derecho de reunión aparece caracterizado por la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con finalidad determinada (art. 1.° de la LO 9/1983), concurrencia que no necesita autorización previa (art. 21.1 de la Constitución y art. 3.1 de la LO 9/1983), pero cuyo ejercicio queda sometido al régimen de comunicación previa en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones (art. 21 de la Constitución y arts. 8.° y 9.° de la LO 9/1983).

2. El concepto legal del derecho de reunión debe ser completado, teniendo en cuenta que toda reunión lícita y no violenta, cualquiera que sea su modalidad (comprende, pues, el derecho de manifestación), está protegida constitucionalmente: quedan excluidas del amparo constitucional las reuniones tipificadas como ilícitas por las Leyes Penales (art. 1.3 de la LO 9/1983). Al completar el concepto legal, es de significar que el derecho de reunión, que en sus orígenes se contempló como instrumento de la libertad de expresión, hoy es una técnica que tiene como finalidad expresar ideas, exteriorizar problemas o defender intereses; el ejercicio del derecho de reunión (una de cuyas modalidades es el derecho de manifestación), tiene rico contenido. Ahora bien, el ejercicio del derecho fundamental de reunión incide en los derechos e intereses protegibles de otros ciudadanos, porque aquel derecho no es absoluto, sino que es un derecho subjetivo que tiene sus límites; por ello, la Autoridad Gubernativa tiene poderes para reconducir el derecho de reunión, en el caso de que se pretenda ejercitar tal derecho sobrepasando los límites que le dan esencia: o en otro sentido debe interpretarse el último inciso el artículo 21.2 de la Constitución, que establece que la Autoridad Administrativa podrá prohibir las reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones cuando «existan razones fundadas de alteración del orden público,

con peligro para personas o bienes». La utilización por la Administración de su poder tiene expresión en el acto administrativo de suerte tal que, una vez producido el acto, queda aquel poder agotado en el caso concreto de que se trate, y el acto dictado queda sometido al control judicial.

3. A la Autoridad Gubernativa le compete, con carácter esencial, procurar el mantenimiento del orden público: de ahí que el requisito previo de comunicación que exige el artículo 21.2 de la Constitución y artículos 8.° y 9.° de la LO 9/1983, deba contener razones objetivas suficientes que permitan a la Administración hacer una valoración adecuada de dicho requisito. Los datos objetivos suficientes que la comunicación previa deben contener, no han de referirse sólo al objeto de la reunión o manifestación, sino también a las medidas de seguridad. Al hilo del escrito del recurso del Abogado del Estado (y toda vez que estamos valorando el hacer jurisdiccional en un caso concreto), no se puede olvidar que en el procedimiento de elaboración del acto administrativo hay dos preceptos que son de aplicación general: los arts. 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo. El artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo da a la Administración la facultad de requerir a los interesados la subsanación de los defectos que puedan contener los actos de éstos: se trata de darles oportunidad de subsanar los defectos en función de la resolución final del procedimiento administrativo, para que la misma sea ajustada a Derecho sin que aparezca sombra de indefensión. Las expresiones «lo pondrá en conocimiento» y «se requerirá a quien lo hubiere firmado» que utilizan los arts. 54 y 71 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, tiene la siguiente finalidad: procurar que los actos de los interesados contengan los requisitos necesarios para que produzcan sus efectos, sin sombra de indefensión, como se ha expresado. Si ello es así en general, con mayor razón lo es tratándose del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos de manera especial por la Constitución.

4. Ante el no uso por parte de la Administración de lo dispuesto en los arts. 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo (que en el caso que nos ocupa hubiera resultado ilustrativo), la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, quedó obligada a ponderar si objetivamente el acto de comunicación previa conlleva suficientes datos. Para realizar esa ponderación, tuvo en cuenta el contenido de la demanda y el de las alegaciones orales de las partes y del Ministerio Fiscal en el acto de la vista, siendo de significar que este acto presentó la siguiente particularidad: que el Abogado del Estado aportó, como toda prueba, recortes de prensa, a los que siguió el alegato de los recurrentes poniendo de relieve que tales documentos —recortes de prensa— nada tenían que ver con la manifestación motivo del proceso.

5. Por todo lo anteriormente expresado (y sin perjuicio de subrayar que todo acto de comunicación previo al ejercicio del derecho de manifestación en lugares de tránsito público, debe contener datos objetivos suficientes para que la Administración pueda valorarlos adecuadamente), resulta conforme a Derecho que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, en el caso que nos ocupa, valorara, a los efectos de su sentencia, la suficiencia de la comunicación tanto respecto del objeto de la manifestación como respecto de las medidas de seguridad, y ambos aspectos según el resultado del proceso. No hay, pues, resolución errónea (con lo que no cabe hablar, tampoco, de resolución gravemente dañosa), máxime teniendo en cuenta que en el escrito del Abogado del Estado late el argumento de falta de congruencia de la sentencia, con lo que está haciendo uso extensivo del recurso extraordinario de apelación.

El Abogado del Estado entiende que la comunicación previa que exige la Constitución y la LO 9/1983, omitía el objeto de la manifestación, y que la sentencia concretó ese objeto en expresar la solidaridad con los familiares de los presos vascos, con lo que —dice el Abogado del Estado—, la Sala de instancia, al rebasar sus competencias revisoras, transgredió el principio de congruencia y vulneró el artículo 24 de la Constitución.

La escueta alegación del abogado del Estado, obliga al análisis de la sentencia y del expediente administrativo a la luz de la Constitución y resto del ordenamiento jurídico. Frente a la posición del Abogado del Estado, debe tenerse muy en cuenta que la jurisdicción, revisora, controla el acto administrativo en atención a que los poderes administrativos son mensurables, precisamente porque la Administración está sometida a la Ley y sirve con objetividad los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución). El dato que el Abogado del Estado nos ofrece como un exceso de jurisdicción no puede aceptarse. Don Carmelo L. M. y don Martín O. M., en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9.*c)* de la Ley Orgánica 9/1983, expresaron que el objeto de la reunión era manifestarse en Bilbao bajo el lema «Alkatasuna-Solidaridad», manifestó que se iniciaría en la Plaza de la Casilla, discurriría por varias calles y terminaría en la Plaza del Arenal, con una duración máxima de tres horas, con la lectura de un comunicado sobre el objeto de la manifestación y la intervención de varias personas en igual sentido.

El acto administrativo declarado nulo por la Audiencia de Bilbao refleja que el Gobernador Civil de Vizcaya, al resolver, entendió que la comunicación previa era ambigua, pese a lo que no hizo uso de la facultad que le confieren los artículos 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La sentencia recurrida contiene razonamientos en función del contenido del proceso en el que las partes y el Ministerio Fiscal expresaron sus respectivas posiciones: lo razonado en la sentencia (tercer fundamento de derecho) es expresión de que en vía jurisdiccional se realizó el control del acto impugnado adecuadamente. Por no existir el exceso de jurisdicción que se alega por el Abogado del Estado debe rechazarse la denuncia (por mera enumeración) de falta de congruencia y vulneración del artículo 24 de la Constitución.

El Abogado del Estado señala que la sentencia recurrida infringe el artículo 9.°.*e)* de la LO 9/1983. Debe reaccionarse frente a ello; el acto administrativo sometido a control jurisdiccional establece como dato que quienes cursaron comunicación previa no hicieron referencia a que se responsabilizaran del desarrollo ordenado de la manifestación, ni responsabilizaron a ninguna organización política o asociativa. Este punto fue objeto de análisis en el proceso y la Audiencia de Bilbao lo resolvió en el sentido de que la comunicación cumplía las exigencias de la Ley, por ser cierto que los señores L. y O. se responsabilizaron personalmente. El requisito relativo a las medidas de seguridad ofrece dos aspectos: el primero es que las medidas previstas por los organizadores o que se soliciten de la Autoridad Gubernativa, sean suficientes para el buen orden de la manifestación [arts. 9.*e)* y 4.2 de la LO 9/1983]; el segundo aspecto es la obligatoriedad que tiene la Autoridad Gubernativa de proteger las manifestaciones frente a quienes trataren de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de dicho derecho (art. 3.2 de la LO 9/1983). Ambos aspectos, en función del contenido del proceso, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia y los resolvió en términos fundados y correctos en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia apelada.

La Autoridad Gubernativa puede prohibir una reunión o manifestación mediante resolución motivada (art. 10 de la LO 9/1983). La motivación, que es exigencia de la Ley, debe expresarse con suficiente amplitud y ponderando todos los intereses en juego. La prohibición de la manifestación requiere, en definitiva, que existan bases de suficiente entidad de las que resulte razonable el acto prohibitivo.

El Tribunal de instancia, en su función revisora, apreció que el acto administrativo impugnado encontró como fundamento de la prohibición acordada recortes de prensa que aludían a una manifestación convocada por la organización «gestoras pro amnistía», que había sido prohibida por Resolución del Gobierno Civil de Vizcaya en 18-5-1987. Y señala la sentencia que los recurrentes negaron expresa e inequívocamente la concomitancia de la manifestación proyectada con la campaña de movilizaciones promovida por dicha organización, y que la Administración, a la que incumbía la prueba, se limitó a aportar varios recortes de prensa carentes de fuerza probatoria respecto al hecho controvertido. Los recor-

tes de prensa, además, según las alegaciones del propio Abogado del Estado ante esta Sala, se referían a anteriores actuaciones atribuidas a «gestoras pro amnistía». *(Sentencia de 26 de junio de 1991, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 792 de 1992.)*

B) *Derecho de petición. Contenido del mismo y ejercicio ante órgano colegiado.*

El recurrente en esta apelación viene sustancialmente a reiterar los argumentos vertidos en la demanda, que fueron debidamente rechazados en la sentencia impugnada mediante fundamentos que se dan por reproducidos, en cuanto no se opongan a lo que ahora se dice. Cabe, si acaso, añadir que el derecho de petición del artículo 29.I de la Constitución es algo más que una mera declaración programática, presentándose en su dimensión constitucional como un derecho de contenido prestacional y desarrollo legal delimitado por la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del derecho de petición, en lo que no se oponga a la Constitución. Derecho, que, según esa Ley, comprende la posibilidad de dirigirse a los órganos del Estado formulando reclamaciones de reconocimiento de derechos, o de restauración de la legalidad objetiva, infringida por una actuación administrativa, o bien la de formular denuncias de infracciones jurídicas cometidas por funcionarios o particulares, o la de dirigir solicitudes relativas a la mejora del servicio, o bien referentes a la adopción de decisiones graciables o, en último lugar, concernientes a medidas que exigen la promulgación de una disposición de carácter general. Las últimas de las citadas manifestaciones del derecho fundamental de petición —adopción de medidas graciables, de mejora del servicio, o dictado de disposiciones generales— se denominan por la doctrina simples peticiones y no tienen otra regulación, a los efectos ahora cuestionados que la de la citada Ley 92/1960. Las demás habrán de ajustarse al procedimiento administrativo o judicial que sea procedente, y en último lugar a la Ley reguladora del derecho de petición a que se viene haciendo referencia, según se desprende del artículo 1.°.1, en relación con el artículo 7.°.1 de esa Ley, que establece, respectivamente, que corresponde a los españoles la facultad de dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos y decisiones sobre materias de su competencia, y que cuando se reciba una petición que deba ser objeto de determinado procedimiento administrativo o judicial, se comunicará así al peticionario, con expresa indicación del órgano ante el que deba interponerse, y de la Disposición Final primera de esta Ley, que le atribuye carácter supletorio respecto de cualquier otra en que se regulen peticiones. De ahí que, como se dice en la sentencia impugnada, no podía entenderse infringido el derecho fundamental de petición del artículo 29 de la Constitución, en su dimensión constitucional, por la actividad adoptada por el Consejo General de los Colegios de Farmacéuticos, quien ante la denuncia formulada por el actor, en ejercicio del derecho constitucional cuestionado, procedió, dentro de los 30 días siguientes a la recepción, a comunicar su contenido a los miembros del Colegio, adoptando las medidas conducentes a la averiguación de los hechos, mediante el nombramiento de una Comisión para la instrucción de una información reservada, antes de acordar la incoacción del expediente disciplinario o el archivo de la denuncia, pues con ello daba a la vez cumplimiento tanto a lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 134.2), como en la Ley 92/1960 (arts. 8.° y 9.°) que complementa a aquélla a efectos constitucionales. Careciendo de lógica que el hecho de la posterior utilización por el actor del cauce procesal de defensa de los derechos fundamentales, de la Ley 62/1978, tuviera virtualidad para modificar los plazos de actuación de los órganos destinatarios de la denuncia, fijados en las Leyes antes nombradas para regular la actividad administrativa, en el procedimiento que con aquélla se iniciaba. *(STS de 18 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 2028.)*

IX. EXTRANJEROS

La simple presencia de unos mínimos datos que permiten constatar un cierto arraigo del extranjero en España es suficiente para decretar la suspensión de la orden de expulsión, por ser susceptible de causar daños de difícil reparación.

Se decreta la expulsión del territorio nacional por denegarse el permiso de residencia a súbdita extranjera que invoca ante la Administración constar en Archivos Policiales que reside en España desde 1976, tener domicilio conocido en Madrid, tarjeta de inscripción en el registro de trabajadores hispanoamericanos, ser propietaria de un piso y explotar un local de negocio, figurando ante la Seguridad Social como trabajadora autónoma, indicando su número de afiliación, todo ello sin ser considerado en la resolución que se impugna; los datos descritos permiten afirmar la existencia de cierto arraigo en la interesada bastante para derivar de ello, sin necesidad de mayor probanza concreta, que la expulsión decretada de momento, y sin perjuicio de lo que en el fondo de la cuestión se decida acerca de la legalización de la estancia en territorio nacional, puede ocasionar daños de difícil reparación en el supuesto de tener éxito su recurso, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley de esta Jurisdicción procede suspender la ejecución del acto combatido, y así lo entendió con acierto el auto que se recurre en apelación, que por ello es confirmado, desestimando el recurso interpuesto, sin que sean de apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas. *(Auto de 22 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 25.)*

XII. ORDEN PÚBLICO

Deber de hacer. No constituye una prestación patrimonial forzosa, e indemnizable, la imposición de deberes de hacer con el fin de coadyuvar a la garantía del orden público. Obligación de implantar un servicio de vigilantes de seguridad.

No puede ser compartida la alegación de la parte recurrente referida a que las resoluciones sancionadoras y la sentencia apelada, en cuanto las confirma, infringen los artículos 31.3, en relación con el 53 y 161.1.*a)* de nuestra Constitución, por entender la parte actora que la facultad que el artículo 2 del Real Decreto 1338/1984, de 4 de julio (sobre medidas de seguridad en entidades y establecimientos públicos y privados), otorga a los Gobernadores Civiles para exigir la implantación de determinadas medidas de seguridad, constituye el establecimiento de una prestación personal o patrimonial que, según dispone el artículo 31.3 de la Constitución, sólo pueden establecerse con arreglo a la Ley, pues parte del error jurídico de considerar que la adopción de las medidas que el citado precepto reglamentario permite establecer e imponer a determinados establecimientos, tienen el concepto de «prestación patrimonial», siendo así que dichas medidas están encaminadas a la prevención de los delitos y para reforzar la seguridad de las personas y bienes, que son dictadas dentro de las facultades de policía administrativa encaminadas a tal fin, sin que aun cuando ello suponga un coste o gasto adicional, no constituye ni puede representar una prestación patrimonial en el concepto clásico-jurídico de este concepto. En el discurrir dialéctico de la parte actora toda medida administrativa de gravamen sobre la situación jurídica de los ciudadanos conduciría a una imposición de prestación forzosa, siendo así que no

se incluyen en la categoría de prestaciones ciertos deberes de hacer impuestos a los administrados que no tienen plena sustantividad, sino que son auxiliares de otras situaciones jurídicas o instrumentales a fines de garantía del orden público o interés social, como en el presente caso acontece, en que las medidas de seguridad que el artículo 2 del Real Decreto citado autoriza a la autoridad gubernativa a imponer, están encaminadas a la obstaculización de los atentados contra la seguridad de bienes y personas y para hacer menos factible su comisión, así como a la prevención de actos delictivos.

XIII. SANCIONES

A) *Naturaleza. Identidad entre la sanción penal y administrativa. Doctrina general. Culpabilidad. Necesidad de imputabilidad en la sanción administrativa.*

En tal línea discursiva conviene recordar que la potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función «policía» en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal. El Tribunal Supremo así lo ha venido proclamando desde hace al menos quince años, y ha obtenido en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción, desde la audiencia del inculpado a la proscripción de la *reformatio in peius*. En una primera fase la cobertura de esta identificación se encontró en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, interpretado con una perspectiva unitaria y estructural del ordenamiento jurídico, concepto incorporado por entonces a las Leyes maestras del sistema administrativo, y muy especialmente a la reguladora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según nos indica la S 16-12-1986. La equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado tiene su antecedente inmediato, su origen y partida de nacimiento, en la «doctrina legal» de la vieja Sala 3.ª del Tribunal Supremo, cuya S 9-2-1972 inició una andadura muy progresiva y anticipó lúcidamente, con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidados. En efecto, en esta decisión histórica, como así ha sido calificada en este auténtico *leading case*, se decía, con clara conciencia de su alcance, que «las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enumeración literal, ya que se integran en el supraconcepto de ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménica, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal». Tal razonamiento se utilizó también por la misma Sala para distintas finalidades, y en relación con otras facetas de la potestad sancionadora en varias sentencias posteriores, mientras que en muchas más se da por supuesta esta premisa. Y el Tribunal Supremo añadía ya entonces: «ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuricidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción, como ponen de manifiesto, por la vía de ejemplo, la comparación del artículo 1 del Código Penal con el artículo 77 de la Ley General Tributaria, esencia unitaria que, sin embargo, permite los rasgos diferenciales inherentes a la distinta función para la cual han sido configurados uno y otro ilícito». El paralelismo de las definiciones se ha mantenido después de una modificación del Código Penal de 1983, seguida miméticamente por la Ley 10/1985, de 26 de abril. Por tanto, resulta claro que las directrices estructurales del ilícito tienden, también en el ámbito administrativo, a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan simétricamente cualquier veleidad de crear una responsabilidad

objetiva o basada en la simple relación con una cosa, a título de propiedad o posesión, como consecuencia de su dimensión personal. Una vez promulgada la Constitución resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. En tal sentido resulta expresiva y concluyente la S 8-6-1981, en la cual el Tribunal Constitucional afirma que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución y una reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3, al señalar que la Administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad».

En el esquema del concepto al que se reconduce toda infracción administrativa, más arriba diseñado, uno de sus principales componentes es el que se conoce con el nombre de culpabilidad, producto de una milenaria evolución histórica y elemento como a veces se le invoca. Este factor apareció en su origen bajo el amparo de la «voluntariedad», incluida en la definición del delito y de la falta (art. 1 del Código Penal desde 1848), y a su imagen y semejanza para las infracciones tributarias (art. 77 de la Ley General del Ramo 260/1963), hasta que en el Texto Refundido de 1973 fue sustituida aquella palabra por la exigencia del carácter doloso o culposo de la conducta incriminada. En consecuencia, junto a la antijuricidad y a la tipicidad se sitúa el requisito de que la acción o la omisión sean en todo caso imlputables a su autor por malicia o por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable. Tal configuración no se produce en los hechos que sirven de fundamento a la sentencia impugnada aquí y ahora. En efecto, el día 27-6-1980, con ocasión de un atraco a mano armada a la agencia del «Banco Central» de la Plaza de San Cristóbal (Ciudad Pegaso), Madrid, resultó que la caja fuerte y el cerramiento antibalas estaban abiertos. Es evidente por sí misma la circunstancia de que la empresa había instalado todos los mecanismos de alarma, detección y protección enumerados en el grupo normativo donde se contienen las medidas de seguridad para estos establecimientos (Reales Decretos 2113/ 1977, de 23 de julio, y 1084/1978, de 30 de marzo. Por otra parte, se habían impartido las instrucciones y órdenes necesarias para su utilización por el personal encargado de los servicios respectivos. En consecuencia, el Banco había cumplido todas y cada una de las obligaciones que le imponen las normas reglamentarias más arriba reseñadas. La circunstancia de que los mecanismos existentes y en perfectas condiciones de funcionamiento no fueran utilizados por los empleados de la agencia, que conocían su deber de hacerlo, es imputable directa e inmediatamente a ellos y no a la empresa como consecuencia de la dimensión personalísima del ilícito, sea penal o administrativo. Hubo una clara negligencia en el ejercicio de sus funciones, una imprudencia, por tanto, que potenció el riesgo, siempre latente, y finalmente actualizado ese día con el robo. Es, por tanto, a los autores de tal conducta a quienes ha de achacarse la culpabilidad de lo sucedido e imponerse la sanción para que, además, pueda también cumplir esta su función profiláctica de prevención especial y servir de ejemplo para ocasiones futuras. Así se había dicho por la entonces Sala Cuarta para situaciones idénticas en diversas ocasiones (16-7-1983, 8 de febrero, 16 de mayo de 1985 y 6 de marzo de 1988). No es correcta, por tanto, en estos casos la utilización de las culpas *in eligendo* o *in vigilando*, como advirtió la antigua Sala Cuarta en un supuesto semejante (S. 27- 12- 1983), propias de situaciones distintas, cuyo fundamento sea un negocio jurídico singular, que cree un vínculo de sujeción especial (contratos de obras, servicios o suministros, concesión administrativa, relación de trabajo o funcionarial, entre otros) y que puede legitimar una potestad disciplinaria o correctiva, como efecto de la vulneración de obligaciones insertas en una estructura convencional. La

potestad sancionadora, en cambio, se dirige a los ciudadanos como tales, a consecuencia de un acto lícito tipificado por la Ley como infracción de su mandato, en la posición de sujeción general que a todos nos comprende. Esta distinción entre una y otras potestades, entre una y otra fuente de responsabilidad, ha encontrado cobijo desde las que llevan fecha de 21 y 28 de diciembre de 1987, hasta la más reciente de 22 de junio de 1992. *(STS de 17 de octubre de 1989, Sala Revisión, Ar. 3700 de 1992.)*

B) *Culpabilidad. No se aprecia en toda su plenitud la culpabilidad en una conducta objetivamente ilícita y realizada voluntariamente, pero que desde hacía más de diez años contaba con una apariencia de habilitación o autorización administrativa.*

El actor vienen sosteniendo, a lo largo del expediente y en fase jurisdiccional, que la ocupación de bienes o zona de carácter demanial venía siéndolo en virtud de autorización otorgada por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana desde fecha anterior al deslinde. Tal aserto aparece confirmado en el expediente administrativo por el propio Ayuntamiento citado, en su escrito de fecha 24-10-1986, dirigido a la jefatura de la Demarcación de Costas de Canarias, que aparece incorporado a los folios 42 a 45 del expediente, en cuyo escrito se dice que desde que se pusiera en funcionamiento el Centro Comercial «Oasis», enclavado en la Urbanización del Oasis de Maspalomas, lindando con la zona marítimo-terrestre, los distintos titulares de establecimientos allí ubicados, destinados a bares, cafeterías, restaurantes y similares, hicieron ver a dicha Corporación la conveniencia de acercar a los usuarios del sector colindantes de la playa de Maspalomas los servicios propios de dichas industrias, a cuyo fin plantearon, una y otra vez, petición formal para que se les autorizara la instalación de mesas y sillas con la ocupación de una franja paralela —colindante con el Centro Comercial—, por lo que dicha Corporación, se dice, estimó «desde un principio que, sujetándose dicha explotación a unas condiciones determinadas respecto del emplazamiento, limpieza del dominio público, litoral ocupado, libre tránsito por el mismo, precariedad, convenio fiscal, etc., podían otorgarse las autorizaciones interesadas, lo que efectivamente se hizo a lo largo de los últimos diez años, sin que, a tenor de los antecedentes que obran en estos archivos municipales, se haya registrado hasta el pasado mes de marzo una oposición formal por parte de la Demarcación de Costas». Es decir, que el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana había autorizado —y nada menos que durante diez años—, la ocupación de la zona de playa a varios comerciantes o industriales del ramo de hostelera, entre ellos al actor, y aun cuando tal autorización no podía concederla, sin cumplir las prescripciones legales para ello (art. 17.3, en conexión con el art. 10.2 de la Ley de Costas de 1969), en relación con los artículos 45 y 46 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1088/1980, de 23 de mayo, bien puede incidir esta situación en el plano de la culpabilidad del actor, quien actúa bajo la creencia de estar respaldado por una autorización válida que le habilitaba para ocupar los terrenos de la playa por los que es sancionado.

La extensión de los principios del Derecho Penal al derecho sancionador administrativo ha sido recordada con frecuencia por la jurisprudencia, siendo de destacar la postura adoptada al respecto por el Tribunal Constitucional, afirmando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia Constitución y una muy reiterada Jurisprudencia de este Tribunal Supremo (S 3-10-1988, por todas), y si bien la culpabilidad debe ser apreciada, en principio, en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en

la acción u omisión antijurídica, prescindiendo de su intencionalidad, en el caso enjuiciado se ha puesto de manifiesto que la Administración, al sancionar, lo hizo sobre una conducta que racionalmente puede entenderse conformada por una autorización previa del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, frente a la cual tampoco existe un precepto expreso y de nítida interpretación del que se desprenda una omisión antijurídica por parte del denunciado, y en todo acto sancionador se requiere, para ser conforme a Derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de estos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma y antijurídica para efectuar correctamente el reproche administrativo; culpabilidad que en el presente caso no concurre con la plenitud deseable, por las razones expuestas, para que pueda ser objeto de la sanción impuesta, pues su conducta viene incidida por la existencia de esas previas autorizaciones, mantenidas en el tiempo —diez años, como reconoce el Ayuntamiento—, que pudieron inducirle a creer que su conducta estaba habilitada por la autorización municipal, procediendo, en razón de lo expuesto, la estimación del recurso de apelación deducido y con revocación de la sentencia apelada, la estimación, también, del recurso contencioso-administrativo y la nulidad de las resoluciones sancionadoras, inicial y sucesivas, coercitivas que son derivación o consecuencia de aquélla, objeto de impugnación jurisdiccional. *(STS de 22 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 852.)*

C) *Tipicidad. En materia de Cajas de Ahorro no puede entenderse aplicable el precepto del RD Ley de 9 de abril de 1926, que establece una sanción que no puede bajar de un mínimo, pero a la que no se fija ningún límite máximo por contrariar los principios de objetividad, tipicidad y seguridad jurídica.*

Pero es que además, aunque hipotéticamente llegara a admitirse la vigencia del Real Decreto Ley de 9-4-1926, es lo cierto que en su artículo 46 se establece una sanción que no puede bajar de diez mil pesetas (10.000 ptas.) para aquellas entidades que incumplan las prohibiciones previstas. La potestad sancionadora ni siquiera se mueve en una banda más o menos amplia, pero limitada en su cuantía máxima, sino que deja en manos de la Administración la facultad omnímoda para imponer la sanción pecuniaria en la extensión que tenga por conveniente, siempre que no sea inferior a diez mil pesetas (10.000 ptas.).

Según reiterada y constante doctrina jurisprudencial, el matiz distintivo entre el principio de tipicidad del derecho sancionador, respecto del que rige en derecho penal, cabría encontrarlo en la atenuación del rigor de la legalidad, para permitir un mayor grado de posible colaboración del reglamento en la concreción de tipos de infracción y sanción, pero resulta inaceptable que en cuanto al rigor de la predeterminación puedan hacerse concesiones para otorgar a la Administración márgenes de arbitrio superiores incluso a los que se conceden a los órganos judiciales cuando una y otro ejercen una función punitiva.

Es por lo demás notorio que el artículo 46 del Real Decreto Ley de 1926, al dejar en blanco el límite máximo de la sanción, no sujeta a escala gradual, tampoco satisface el principio de seguridad jurídica, ante la incerteza que produce al administrado, la falta de referencia entre la sanción pecuniaria y el tipo concreto de infracción. Resulta, pues, evidente que en este aspecto sancionador el precepto en el que el señor Abogado del Estado funda su pretensión revocatoria de la sentencia de instancia, no se ajusta a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, anomalías reconocidas y subsanadas mediante la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. *(STS de 29 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 277.)*

D) *Procedimiento. Sujetos legitimados. Necesidad de diferenciar la vía administrativa de la jurisdiccional. En la primera el denunciante puede intervenir como interesado, incoado el expediente, si fue el perjudicado por la conducta sancionable. En vía jurisdiccional se estará a los criterios del artículo 28 de la LJCA.*

No obstante, junto a estas cuestiones que constituyen el objeto central del proceso, ha de examinarse la alegación de la representación letrada del apelante en el sentido de discutir la legitimación del recurrente ante el Tribunal de instancia y ahora apelado, es decir, de la persona a la que se refería el dictamen médico emitido en su momento.

Dado el carácter procesal de esta última alegación procede considerarla en primer lugar, entrando en las demás cuestiones sólo en el caso de que haya de apreciarse la legitimación discutida.

Respecto a dicha legitimación entiende la Sala que debe diferenciarse, en general en nuestro Derecho y desde luego también en el caso de autos, la que se refiere a la actuación de los particulares en el procedimiento sancionador en vía administrativa en los casos de falta disciplinaria, y la legitimación para actuar ante esta jurisdicción contencioso-administrativa.

Así en el caso de la actuación ante la autoridad administrativa titular de la potestad sancionadora o disciplinaria las posibilidades de actuación del particular se agotan en la denuncia de la infracción cometida. Por el contrario, es competencia exclusiva del órgano administrativo decidir sobre si se produjo realmente la conducta supuestamente constitutiva de falta y, en consecuencia, si debe hacerse el expediente sancionador o disciplinario. Sólo en este último caso el denunciante, si es precisamente el perjudicado por la conducta, puede intervenir en el procedimiento administrativo.

Por el contrario la legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa depende de la interpretación que se haga para cada caso de la existencia del interés a que se refiere el artículo 28.1 de la Ley Jurisdiccional.

Pues bien, en el caso de autos la cuestión se plantea en el contexto peculiar de las relaciones jurídicas entabladas, debiendo diferenciarse al menos dos de ellas. De una parte, la relación existente entre el colegiado a que se refiere el expediente y la organización profesional, es decir, el Colegio Médico y el Consejo General. De otra parte, la relación, más o menos exacta la inexistencia de relación, producida en cuanto al acto que se entiende constitutivo de falta disciplinaria. Pues el expediente incoado al médico en cuestión tiene por objeto el ejercicio de la potestad disciplinaria por haberse emitido por el colegiado un dictamen sobre el estado de salud psíquica de una persona determinada sin que existiera ninguna relación entre médico y paciente.

En este punto, la cuestión de fondo de la existencia o inexistencia de la falta se complica con el tema de la legitimación procesal, puesto que el recurrente ante el Tribunal de instancia y ahora apelado es precisamente la persona sobre cuyo estado psíquico versó el dictamen médico. Por ello en estas condiciones no cabe duda de que dicho supuesto paciente tiene un interés directo en que se esclarezca la conducta de quien emitió un dictamen sobre su persona sin haberlo reconocido previamente.

En consecuencia debe admitirse que este interés directo es suficiente a la vista del artículo 28.1 de la Ley Jurisdiccional para admitir la legitimación del ahora apelado, por lo que deben rechazarse las alegaciones en contrario de la otra parte en el proceso, tanto más cuanto que no logran enervar los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada. *(STS de 20 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 3113.)*

XIV. URBANISMO

A) *Planeamiento. Memoria. Finalidad de la misma: motivar la decisión administrativa y permitir el control de la discrecionalidad.*

Cuestión distinta es la que atañe a la motivación de las normas impugnadas en el concreto extremo que afecta al terreno aquí controvertido.

Es bien conocida la importancia de la Memoria como documento integrante del Plan o, lo que es lo mismo, de las Normas Subsidiarias [arts. 12.3.*a)* y 71.5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo] y 95.1 del Reglamento de Planeamiento: la Memoria es ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento.

Y esta Memoria no es un documento accidental que pueda existir o no, sino una exigencia insoslayable de la Ley, como deriva de los ya mencionados preceptos. Las normas en nuestro sistema jurídico pueden tener o no un preámbulo o exposición de motivos. Sin embargo, el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa (SS 7-2-1987, 17-10-1988, 9-5-1989, 6-11-1990, 22-5-1991, etc.), exige como elemento integrante esencial la Memoria: la profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que, pese a ello, está habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad (Art. 33.2 de la Constitución, y SS 2-2-1987, 17-6-1989, 28-11-1990, de 12 de febrero, 12 de marzo y 22 de mayor de 1991) explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento (SS de 9 de julio y 20 de diciembre de 1991).

Y si esto es así, será también claro que las modificaciones que a lo largo de la tramitación del planeamiento vaya sufriendo su texto habrán de ser asimismo motivadas, pues estas nuevas determinaciones no estarán justificadas en la Memoria (SS de 25 de abril y 9 de julio de 1991).

En la misma línea importa indicar que el plan, decisión eminentemente discrecional, es ante todo desigualdad: dibuja el modelo territorial elegido como marco físico de la convivencia y para ello atribuye al suelo el destino urbanístico en cada caso más conveniente desde el punto de vista del interés público. Y en cuanto al clasificar y calificar el suelo el Plan no atiende a los intereses de los propietarios, es claro que éstos verán sometidos sus terrenos a muy diferente suerte urbanística.

Pero naturalmente esta desigualdad (art. 14 de la Constitución) ha de ser una desigualdad «justificada» y «compensada»: justificada, en el momento del planeamiento, y compensada, en el momento de la ejecución (SS de 27 de marzo y 29 de abril de 1991).

Y aquella justificación es la que debe proporcionar bien la Memoria, bien la motivación de las modificaciones introducidas a lo largo del procedimiento.

En el supuesto de estos autos falta la motivación de las modificaciones introducidas en las aprobaciones provisional y definitiva respecto de la ordenación urbanística del terreno litigioso tal como la había trazado la aprobación inicial:

A) La certificación emitida por el Secretario del Ayuntamiento de Esporlas en la fase probatoria de la primera instancia a petición del ahora apelante señala «que de los datos y documentos obrantes en estas oficinas municipales de mi cargo resulta que previamente a la adopción del acuerdo de aprobación provisional de la NN. SS de Esporlas no se emitieron en relación con los terrenos controvertidos informes técnicos que justificarán las restricciones antes señaladas. Dichas restricciones no afectaron a los terrenos colindantes, a los de los señores F. y C. S.» (folios 102 y 103 de los autos de primera instancia).

B) Y la certificación del Secretario de la Comisión Provincial de Urbanismo advierte que «en la memoria justificativa del proyecto no se ha encontrado referencia alguna a la reducción de las posibilidades edificatorias» (folio 128 de los autos).

Ante esta falta de justificación de la ordenación del terreno tal como fue establecida en las aprobaciones provisionales y definitivas, habrá de recordar que la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo, y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal —exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo— no es sólo una cortesía, sino que constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda; además, y en último término, la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración (art. 106.1 de la Constitución), que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios.

La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden integrar un vicio de anulabilidad o mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado (art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo). En esta línea hay una constante jurisprudencia (SS 14-11-1986, 20-2-1987, 1-10-1988, 3-4-1990).

Así las cosas, la ya indicada falta de motivación deja sin conocer las razones que fundaban la ordenación discutida, sin que se cuente con base para valorar si se ajustaba o no a Derecho la discrecionalidad del planeamiento no impide el control jurisdiccional al respecto (SS de 22 de septiembre y 1 y 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo y 21 de diciembre de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero y 17 de junio de 1990, 11 de marzo y 2 de abril de 1991, 20 de enero de 1992, etc.).

En consecuencia, procedente será una anulación de actuaciones con referencia estricta al terreno litigioso a fin de que con la necesaria motivación se establezca la ordenación adecuada a las exigencias del interés público, al margen de lo que pueda resultar del convenio invocado y que, como ya se ha dicho, resulta inoperante en el ámbito de la actuación de la potestad administrativa de planeamiento urbanístico.

Procedente será, por consecuencia, una estimación parcial del recurso de apelación, sin que, en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional, se aprecie base para una expresa imposición de cosas. *STS de 13 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 2828.)*

B) *Régimen del suelo. No urbanizable. Edificio de utilidad pública o interés social. Análisis del concepto jurídico indeterminado. Teatro a edificar por razones turísticas. La propiedad turística puede demandar de modo preferente la defensa de bellezas paisajísticas.*

En la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976, se sometía al suelo no urbanizable a un particular régimen tuitivo que remediaba la vulnerabilidad del llamado suelo rústico en la Ley de 1956. Basta simplemente la lectura reposada de los artículos 85 y 86 de la Ley y 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística para constatar la realidad de ese especial régimen de protección en él, como apuntábamos en nuestra S 19-6-1991, se puede apreciar una cierta graduación de menor a mayor, según se trate de urbanizable pero no programado, no urbanizable, y de especial protección. Análoga protección, si no más acentuada, se da a estos suelos en los

artículos 5, 6 y 7 de la nueva Ley del Suelo, de 25-7-1990. No es admisible, por tanto una interpretación de esta normativa amplia o elástica en cuanto a los usos que hayan de tolerarse o edificación o instalaciones que en tales terrenos hayan de emplazarse, que incidiría negativamente en ese régimen tuitivo que el legislador ha querido para estos terrenos. De ahí que se exijan rigurosamente para las instalaciones o edificaciones estos requisitos: que sean de utilidad pública o interés social, que además tengan que estar emplazados necesariamente en el medio rural, que no exista posibilidad de formación de núcleo de población, quedando en todo caso prohibidas las edificaciones características de las zonas urbanas; ítem más, en los espacios de especial protección ésta alcanza a la imposibilidad de dedicación o utilización que implique transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger. En la nueva Ley no podrán estos terrenos ser destinados a fines distintos de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y, en todo caso, habrá de garantizarse la preservación de estos suelos del proceso de desarrollo urbano.

La aplicación no rigurosa, sino estricta, y teniendo presente las directrices del artículo 3 del Código Civil, de la normativa expuesta, no permite llegar a la conclusión de que los actos impugnados están de acuerdo con el ordenamiento urbanístico. Ciertamente, utilidad pública o interés social son conceptos jurídicos indeterminados, pero deben ser determinables a través de las circunstancias concretas que les rodean y concurran en el caso concreto en que se apliquen. La motivación primordial de la entidad solicitante, acogida por el Ayuntamiento de Alcudia, por la Comisión Provincial de Urbanismo y por la Consejería de Gobierno de la Comunidad Autónoma Balear, es la promoción del turismo mediante una oferta complementaria de espectáculos públicos: y a las obras concretas —edificio de teatro polivalente e instalaciones anejas— destinadas a la diversión del turista, como se dice en el informe del Aparejador Municipal, se las califica de interés social. Pero con ello no se cumplen los requisitos exigidos por los artículos 85 de la Ley y 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística. Debe recordarse la incidencia que sobre la Ley del Suelo de 1956 tuvieron leyes como la reciente y expresamente derogada Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico de 28-12-1963, que supeditó en cierta medida la ordenación urbanística a exigencias, más o menos justificadas, de planificación económica. Ese presunto interés social turístico no debe satisfacerse a costa de la degradación del suelo no urbanizable y además de paisaje protegido como es el de autos. No parece aventurado pensar que el turismo demande preferentemente bellezas paisajísticas y suelos no degradados por la edificación masiva, antes que espectáculos teatrales y de diversión que se encuentran en toda latitud. Pero es que además la Ley exige que esas edificaciones e instalaciones de interés social deban estar emplazadas necesariamente en el medio rural, necesidad que en el caso que nos ocupa no se justifica en lo más mínimo, razonablemente. Y aún más: en este tipo de suelos no urbanizable y protegidos quedan prohibidas las edificaciones características de las zonas urbanas (art. 85.1.3.ª de la Ley). Un teatro, aunque se le califique de edificación polivalente, es una edificación típica de las zonas urbanas, y según la prueba pericial practicada en autos existen en el término municipal de Alcudia terrenos urbanos, o aptos para urbanizar, que permiten estos usos recreativos, incluso en el sector playa de Alcudia, en los cuales ha podido ubicarse este teatro y sus instalaciones anejas. Finalmente no puede soslayarse la firme protección que a los espacios protegidos —y el de autos está calificado también como paisaje protegido— dedica el párrafo 2 del artículo 86, que veta las utilizaciones de tales terrenos que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger. Todas cuantas circunstancias acabamos de exponer son aquellas a que nos referíamos que facilitan llegar a determinar un concepto jurídico indeterminado, y que nos permiten llegar a la conclusión de que no estamos en presencia de un edificio o instalaciones de interés social de

aquellos a que genéricamente se refiere el artículo 85 de la Ley del Suelo; y de que tampoco se cumplen ni uno solo de los demás requisitos que exigen los preceptos citados para permitir su construcción en un suelo clasificado como no urbanizable, agrícola-ganadero y de paisaje protegido. Sin que sea equiparable, ni aun de lejos, a los casos contemplados por la Jurisprudencia de este Tribunal referidos a la instalación de hipermercados, en los cuales concurren otro tipo de circunstancias que permiten les pueda ser de aplicación positiva la normativa citada, y siempre teniendo en cuenta la singularidad de cada caso, y sin que tampoco sea obstativo a cuanto hemos dicho que se esté tramitando una modificación de las Normas Subsidiarias cuya aprobación definitiva no se acredita en los autos. *(STS de 29 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 2239.)*

C) *Gestión. Reparcelación económica. No puede exigirse el pago de dinero a cuenta de una reparcelación que pretende obtener gratuitamente suelos respecto de los que no cabe exigir la cesión.*

La reparcelación económica trazada por el Plan madrileño es desde luego un eficaz sistema para la gestión urbanística del suelo urbano, pero se separa en varios puntos del que prescribe la Ley del Suelo, y sobre todo implica la vulneración de dos exigencias fundamentales de nuestro sistema urbanístico que no quedan cubiertas por la remisión al planeamiento (art. 76 del Texto Refundido).

A) El planeamiento aspira no sólo a un transformación material de la ciudad por cuya virtud un «dibujo» se convierte en realidad, sino también a que ello tenga lugar con un reparto equitativo de las cargas y beneficios que de su ordenación derivan, lo que es una exigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo (art. 83.4) y, sobre todo, una imposición constitucional (art. 14).

Sobre esta base, ocurre que en la reparación económica del Plan de Madrid se produce una grave discriminación de propietarios: que lo son de solares o equivalentes, ahora ya al edificar, contribuyen económicamente a la adquisición de terrenos destinados a dotaciones, en tanto que los dueños de terrenos edificables, que pueden beneficiarse ya de las dotaciones costeadas por los primeros, no contribuyen ni pagan hasta la fecha indeterminada e incierta —y que puede tardar muchísimos años— de su demolición y posterior reconstrucción, sin que nada pueda garantizar que para entonces subsista el plan.

Con ello además quiebra el principio simultaneidad en el reparto de los beneficios y cargas del planeamiento que es consustancial a la ejecución sistemática por polígonos o unidades de actuación e inherente a la reparcelación.

B) Las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano las fija taxativamente el artículo 83.3.1.° del Texto Refundido (art. 46.2 del Reglamento de Gestión, sin que por tanto sean exigibles otras cesiones para objetivos distintos de los expresados en dichos preceptos (S 21-12-1987). Pero con las cesiones aquí contempladas se pretende obtener gratuitamente el suelo de las dotaciones públicas o equipamientos sin precisar si se trata de sistemas generales o si quedan al servicio del polígono o unidad de actuación.

Y en estos términos no cabe imponer el pago de dinero a cuenta de una reparcelación que tiende a «obtener gratuitamente suelos respecto de los que no es exigible la cesión». *(Sentencia de 12 de diciembre de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 360 de 1992.)*

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) *Recurso en interés de la Ley. Legitimación de las entidades locales. La ampliación de la legitimación de las Comunidades Autónomas en el recurso en interés de la Ley no es trasladable a las entidades locales.*

Así las cosas, la creación por el Texto Constitucional de 1978 de un nuevo sujeto público, dotado de poder normativo propio, tal como las Comunidades Autónomas, amplió la lista de Administraciones Públicas frente a las que se podían ejercitar pretensiones en el proceso administrativo, de un lado, y de otro suscitó el problema de si frente a las sentencias firmes dictadas en procesos en que aquéllas hubieran asumido la posición de parte demandada, se hallaban legitimadas activamente para la promoción, por sí mismas y sin mediación de la Abogacía del Estado, de dicho recurso extraordinario en interés de la Ley. Este problema de legitimación ha sido ya resuelto por esta misma Sección 1.ª en dos sentencias, tales las de 13 de mayo y 26 de septiembre de 1991, con base en la interposición por la Generalidad de Cataluña de sendos recursos en interés de ley al amparo de tan citado artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción, y en tales sentencias se establece el criterio de que, como las Comunidades Autónomas se hallan investidas de poder legislativo, en aquellos ámbitos competenciales que les corresponden, participaban de idéntico interés que la Administración del Estado para postular del Tribunal Supremo la interpretación correcta de los textos de rango legal, y al mismo tiempo, y con apoyo en el artículo 147 de la Constitución, los Estatutos, aun siendo formalmente Ley Orgánica del Estado, constituyen al propio tiempo la norma institucional básica del ente autonómico y cabecera de su ordenamiento jurídico, lo que refuerza, si cabe, la atribución de la legitimación cuestionada. Esta interpretación finalista y evolutiva del artículo 101 se matiza en el sentido de que el interés en la correcta exégesis y aplicación de la norma, y del ordenamiento jurídico, se contrae cuando la legitimación se atribuye a las Comunidades Autónomas, al interés de la ley autonómica, de suerte que opera en el campo de las normas emanadas de tales entes públicos, sin que se extienda al ordenamiento jurídico producido por órganos estatales.

Esta apertura, siquiera sea matizada, del ámbito legitimador del recurso extraordinario que nos ocupa en favor de las Comunidades Autónomas, no es trasladable a los entes locales integrantes de la denominada Administración Local, pues, de una parte, en este ámbito no se ha operado por el constituyente ni por el legislador ordinario una modificación del mismo alcance que la antes expuesta, de tal modo que no disponen los entes locales de poder normativo propio o de ordenamiento jurídico del que sean cabecera normativa textos de rango legal por aquéllos producidos, y de otro lado, que ya en la regulación inicial del recurso extraordinario, los entes locales, según se ha indicado, carecían de legitimación activa propia o directa para promover dicho recurso. En nada cambia la situación el fenómeno de la postulación propia, con base en el artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues lo que se controvierte es problema de legitimación activa y no de postulación. El carácter procesal de parte demandada, representada y defendida por los servicios jurídicos adscritos a la Corporación, o bien a través de Abogado colegiado que asuma aunadamente la representación y defensa en el proceso, en nada influye para apoderarles de una legitimación que no tenían por sí mismas desde la inicial redacción del artículo 101, de tal suerte que sólo instando de quien ostenta la legitimación activa la promoción del recurso puede éste, válida y eficazmente, interponerse. Ha de concluirse pues, en la ausencia de legitimación activa del Ayuntamiento de Alcobendas para la interposición del recurso extraordinario de apelación. *(STS de 26 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 1764.)*

B) *Ejecución provisional. La ejecución provisional de sentencia apelada, por aplicación del artículo 385 LEC, deja de surtir efectos desde el momento en que dicha sentencia es revocada en virtud de apelación, apreciándose tal circunstancia por vía incidental de la ejecución.*

Acordada por Auto del Tribunal de instancia de 4-12-1989 la ejecución provisional de sentencia por la que se otorgaba la apertura de farmacia, la Sala entiende que el mencionado Auto es conforme a Derecho, toda vez que se ha dictado en aplicación del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley de la Jurisdicción, según establece la Disposición Adicional sexta de esta última.

Pues, en efecto, el Tribunal de instancia tenía potestad suficiente para pronunciarse sobre el carácter irreparable o no del eventual perjuicio derivado de la ejecución, a tenor del párrafo segundo del antes citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, ello se llevó a efecto con las debidas garantías y adoptando las precauciones adecuadas, puesto que se estableció la prestación de una fianza por importe de 5 millones de pesetas.

Los argumentos anteriores se encuentran además reforzados porque el Tribunal de instancia actuó de acuerdo con una reciente doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, que viene confirmando en apelación los Autos de ejecución provisional de sentencia relativos a apertura de nuevas oficinas de farmacia. En consecuencia, no procede estimar el recurso de apelación de los actores.

No obstante, recaída en el proceso entablado contra la sentencia de otorgamiento de la farmacia por el Tribuna Superior de Justicia de Valencia, Sentencia de este Tribunal Supremo de 20-9-1991, y habiendo declarado el fallo de esta última sentencia que no había sido conforme a Derecho el otorgamiento de la farmacia, Auto del Tribunal de instancia de 4-12-1989 debe quedar sin efecto desde la fecha de la sentencia recaída en el proceso principal. *(Auto de 5 de febrero de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 1482.)*

XVI. RESPONSABILIDAD

A) *Lesión. Daño no soportable, siendo correcta la actuación administrativa. Se reconoce el derecho a ser indemnizado por los perjuicios causados por la orden de inmovilizar productos sanitarios para someterlos a la prueba de detección de anticuerpos.*

Respecto del fondo del debate, la misma representación se opone a la pretensión deducida por los «Laboratorios Phrimmer y Cía., S. A.», de que la Administración responda patrimonialmente, conforme a los artículos 106 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por los perjuicios ocasionados con motivo de la imposibilidad en que se vio de comercializar con productos de fraccionamiento de plasma y fabricación de hemoderivados tras la vigencia de la Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo de 5-9-1985, que declaró obligatoria la prueba de detección de anticuerpos frente al virus asociado a la linfadenopatía —tipo III de virus linfotrópico humano (LAV/HTVL)—, asociado al síndrome de inmunodeficiencia adquirida, para las industrias fabricantes de aquéllos; alegando, como justificación de su solicitud, que para cumplimiento de lo así dispuesto tuvo que inmovilizar y precintar los productos ya elaborados, a pesar de que en su elaboración se habían cumplido todos los requisitos exigidos para la misma por las correspondientes disposiciones administrativas, de tal manera que el problema que se somete a la consideración

de esta Sala nos impone la obligación de adverar si, no obstante la regla general de la responsabilidad patrimonial de la Administración —cuyos caracteres legitiman, en principio, toda solicitud de reparación del perjuicio que experimente el administrado por consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos—, son válidas las circunstancias constitutivas del fundamento de la resolución impugnada, cuyo presupuesto básico en la misma consignado consiste en que, aunque, en efecto, el Laboratorio actor experimentó un perjuicio cuya causa fue la alegada por la representación del mismo, no todo perjuicio supone una lesión reparable, dado que para que la obligación de repararlo se produzca es necesario que la causa determinante del mismo sea antijurídica, entendiendo, por esto, en síntesis, aquélla cuyas consecuencias el sujeto no está obligado a soportar, y que, como quiera que la actividad de la actora tiene por objeto la salud y el bienestar de las personas, los productos por ella elaborados tienen los límites propios de esa finalidad, «sin derecho alguno a vender productos nocivos, como tampoco lo existe a vender productos con riesgo de serlo», concluyendo por esto que «si la Administración no hubiera tomado ninguna medida y el laboratorio hubiese continuado comerciando los productos se hubiese podido producir algún contagio, y quienes comercializaban los productos no sólo nocivos, sino mortales, serían culpables por la negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil «... y por tanto responsables por conocer que la sangre era un vehículo de la enfermedad y ser conscientes de no haber adoptado ninguna medida», y de ahí que quien tiene que «soportar ese daño es la propia empresa, como un riesgo comercial más, pues no cabe duda de que la Administración Pública no es responsable de la aparición y existencia de esta enfermedad, que es la única causante del perjuicio y no las medidas que la Administración o el propio reclamante habían debido de tomar».

Estas y otras consideraciones, que no pueden ser compartidas por este Alto Tribunal, son reproducción de las extensas razones que constituyeron el voto particular que se emitió para el dictamen, que hubo de recabarse del Consejo de Estado, cuya Comisión Permanente fue, por el contrario, favorable al acogimiento de la pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración, y en cuyo sentido favorable también se pronunció la Asesoría Jurídica del propio Ministerio demandado, de cuyos dos últimos criterios sí que hemos de participar, porque, prescindiendo de disquisiciones dialécticas y doctrinales —no despreciables en absoluto—, lo que ha de decidir en casos como el presente es que, dado el carácter esencialmente objetivo de esa responsabilidad a que se refieren los preceptos constitucional y legal a cuyo amparo la efectividad de la misma se pretende, lo verdaderamente indispensable es indagar cuál sea la eficiente circunstancia objetiva o subjetiva que desencadene la consecuencia lesiva que se trata de remediar; es decir, lograr la convicción de que la aducida es inherente al funcionamiento de los servicios públicos como expresión ésta por la que, a estos efectos, ha de entenderse toda la compleja actuación administrativa en su interpretación más amplia e incondicional, o, por el contrario, como en esta ocasión, la Resolución enjuiciada considera dimanaba exclusivamente de la acción u omisión del propio perjudicado, al menos era inherente a la actividad comercial por el mismo desarrollada, porque es así como puede resolverse sin riesgo de desacierto, entre ese perjuicio cuya producción se pretende reparar y la lesión jurídicamente reparable con base —generalmente compartida y, en cierto modo, compartible sin mayores reservas— en la antijuridicidad del hecho desencadenante del resultado lesivo, calificativo este condicionante de la no obligación por parte del sujeto perjudicado de soportar el dañoso resultado que aquella causa efectivamente le produjo.

A propósito de ese nexo causal, la resolución recurrida, apartándose totalmente de los ortodoxos razonamientos de la Asesoría Jurídica del Ministerio y del dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, situó aquél exclusivamente en la conducta de la entidad recurrente por no haber retirado los

productos en cuestión, a pesar de conocer de sus graves efectos para la salud, y por compartir esta Sala aquellos sólidos e incontestables fundamentos, a la misma le basta con darlos por reproducidos al tiempo de resolver este recurso, pues precisamente partiendo de aquella sutil distinción entre el perjuicio y la efectiva lesión, en razón de la causa porqué ésta se condiciona por la antijuridicidad del hecho o circunstancia determinante de aquél, es decir, en la práctica, por la no obligación de quien lo experimenta de soportarlo, a la inversa pero siempre en consideración también a ese criterio distintivo, para que tal obligación recaiga en el mismo, y correlativamente la Administración se exonere de su deber de responder, es necesario que la conducta del perjudicado sea antijurídica, y esto sentado, y en contra de lo que la resolución recurrida entiende, aquí no se trata en puridad de que se haya producido uno de tantos riesgos como los que son propios de toda actividad comercial que quien la ejerce compensa con los beneficios que su ejercicio comporta, ni, concretamente en este caso, que la consecuencia lesiva derive de una acción u omisión del propio perjudicado de la que tendría que responder el mismo a tenor del artículo 1902 del Código Civil, según la Administración, por no haber retirado del mercado los productos nocivos que hubieron de serle intervenidos, pues no puede alegarse una culpa o negligencia consciente cuando no se ha probado, precisamente, que la empresa los elaborara o comercializara con consciencia de su peligrosidad, además de que en ese caso dicha conducta lo que engendraría había de ser una grave responsabilidad penal si se producía después de que el Ministerio lo prohibiera por las causas «sobrevenidas» que alega, porque, hasta entonces, también la propia Administración había considerado a dichos productos como beneficiosos para la salud, y ello constituye una circunstancia reveladora, por sí sola, de una evidente —o, en el peor de los casos, aparente— buena fe, exonerante de la antijuridicidad de la conducta del devenido perjudicado.

Así hubo de tenerlo en cuenta la Asesoría Jurídica del Ministerio cuando explicaba que, «en aplicación de la doctrina de la responsabilidad del Estado por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia han venido dando una interpretación muy amplia a la citada expresión, exigiendo sólo la concurrencia de dos elementos para su plena aplicación: *a)* un elemento subjetivo, consistente en que el evento dañoso se produzca en el desenvolvimiento de actividades cuya titularidad corresponda a alguna persona pública, en este caso la Administración Sanitaria, y *b)* un elemento objetivo o formal, que consiste en que la actividad productora del daño esté sujeta a las normas específicas y propias de la Administración Pública, es decir, al Derecho Administrativo», siendo por ello por lo que, después, la Comisión Permanente del Consejo de Estado estimó «correctas las propuestas de resolución formuladas al darse los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para que sea viable toda reclamación de daños y perjuicios», porque «en efecto concurren la efectividad, singularidad y evaluación económica de los daños», y en congruencia con esta doctrina, dicha propuesta de resolución tenía que producirse —y efectivamente se produjo—, en el sentido de que procedía «que se acuerde indemnizar a la compañía mercantil española "Phrimmer-y Cía., S. A." con la cantidad de 6.145.954 pesetas por los daños y perjuicios originados por la aplicación de la Resolución de 5-9-1985 y la Circular de 30 del mismo mes y año».

Es, en efecto, que se trata de un auténtico caso de responsabilidad patrimonial de la Administración que, como se hacía ver entre otras, por la reciente S de 28-5-1991 «tiene carácter objetivo, tal que hace muy difícil en la práctica —y a la vez innecesaria— la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique propiamente en el ejercicio de un servicio público en el más lato sentido de la expresión, con desconsideración total de circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan, y del personal que lo realiza, y tan es así que, según los preceptos citados, ha lugar a declarar dicha

responsabilidad aun en los casos en que se hubiera originado el daño o perjuicio con ocasión del perfecto o normal funcionamiento de repetido servicio, excepción hecha de que la causa exclusiva de éste fuera un evento de fuerza mayor o la conducta del propio perjudicado», y como en este caso está justificado que no existió antijuridicidad alguna que sea atribuible a éste ni revestir el carácter de fuerza mayor aquellas circunstancias denominadas «sobrevenidas» por la resolución que se impugna, pues las mismas, por sí solas, no hubieran producido para la empresa actora la lesión patrimonial, cuya reparación demanda, de no haberse adoptado por la Administración la medida cautelar de referencia —que otra cosa es que se proclame aquí que no sólo fue obligada, sino muy oportuna y adecuada por la trascendencia del peligro que su no adopción podría comportar—, es indudable que, de todos modos, la Administración ha de responder ante un evidente supuesto de funcionamiento normal del servicio público sanitario en la medida en que el administrado, en quien se individualiza el perjuicio que tal medida le origina, no tiene el deber de soportarlo. *(STS de 23 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 3227.)*

B) *Concesionario. La empresa concesionaria del suministro de gas es responsable por los daños derivados de una explosión producida por la falta de correcta ventilación del local, puesto que le compete inspeccionar el cumplimiento de esta obligación, cosa que había realizado en este caso la concesionaria sin advertir las notorias deficiencias existentes.*

Así, se ha de partir que la explosión, como determinante de la catástrofe, está comprobado, se debió a un escape de gas licuado propano contenido en las bombonas que lo suministran a la cocina —semiindustrial—, en baterías de tres en tres, pues se encontró abierta una llave de dicha cocina y dos de los tapones reguladores de las bombonas, motivando que explosionara con la chispa procedente de algunos de los aparatos electrodomésticos existentes en el recinto, y, a la inexistencia de instalación de ventilación a nivel del suelo y el vuelo que provocase la aireación precisa y necesaria que despejada la concentración de gas liberado de las bombonas por la llave de la cocina abierta, así como de los contenedores de gas, debiendo significarse que el sumario instruido —56/1982 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Avilés— fue objeto de inhibición, conceptuando los hechos como falta por Auto 21-4-1983, destacándose el defecto apuntado en la instalación como una omisión grave de las obligadas medidas de seguridad de quien es actuante —tesis actora— en función subsidiaria de la Administración, pues: «Cuando se trate de servicios concedidos —dice el artículo 123 de la LEF— la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2.º del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 121», y «esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario en su caso», y el indicado artículo 121.2.º, dispone: «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario...», y aun cuando en el Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, sobre Contratos del Estado, en su artículo 65, integrado entre las Disposiciones Generales que regulan el contrato de gestión de servicios públicos, se dispone que: «En todo caso, la Administración del Estado conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate», tales poderes y facultades, deben ser ejercitados, si las funciones recayentes, en este supuesto sobre «B., S. A.», como concesionaria del servicio público —OM 11-6-1957— de gestión del «envasado, distribución y suministro a particulares y organismos oficiales del gas butano (propano) y otros igualmente licuables de

origen petrolífero» (art. 2.° de la citada OM de Hacienda, 11-6-1957), se hiciera dejación, sin actuar de acuerdo con la normativa adecuada (Decretos 26-10-1973, 2913/1973, Reglamento General del Servicio Público de los combustibles) deberá hacerlo la Administración en función de lo expuesto.

Como secuela de lo expuesto los actores sitúan la responsabilidad de la Administración y entidad demandada en la actuación inadecuada como integrada en un supuesto de «funcionamiento anormal de un servicio público», con imputación directa en razón a la actuación omisiva de «B., S. A.», que a través de sus distribuidores e inspectores debe cumplir y observar, en orden a las instalaciones, su conservación y obligadas medidas de seguridad que garanticen y prevean cualquier acontecimiento, y se ha de destacar que unos dos días antes del suceso se giró visita de inspección, estimando correcta la instalación no obstante carecer de la adecuada aireación, con lo cual se incumplió lo prevenido en el Decreto 24-4-1975, núm. 1091, que en su artículo 1.° prevé y establece el orden adecuado de proceder, pues dispone que «las empresas de gases combustibles, en las inspecciones que realicen a partir de la fecha de publicación del presente Decreto a las instalaciones de gas comprendidas en las disposiciones transitorias de la Orden de la Presidencia de Gobierno 29-3-1974, por la que se aprobaban las "normas básicas" de instalaciones de gas en edificios habitados, deberán comunicar por escrito a los abonados las modificaciones a introducir para la adaptación de las instalaciones a las normas citadas, señalando el plazo o plazos en que las mismas deben ser realizadas, que en ningún caso podrá ser superior a un año, y procederá el corte de los suministros cuando se compruebe en la siguiente inspección la no realización de dichas modificaciones; no obstante lo anterior, el corte del suministro será inmediato a la visita de inspección en aquellos casos en que por la empresa se apreciase grave peligro de accidente a la vista de las condiciones de la instalación. De todo corte de suministro se dará cuenta seguidamente a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, describiendo los hechos y justificando la medida adoptada».

En la norma expuesta, en unión a lo establecido en el artículo 27.5.2 del Decreto 26-10-1973, se establece como obligación recayente en la empresa suministradora el «comprobar que la instalación en sus partes visibles, cumple las "Normas Básicas", tanto en materiales, como en ventilación...», y si la instalación originariamente era deficiente, en las inspecciones a que viene obligada la empresa suministradora debió corregir esos defectos y motivar la actuación de la Administración en la función de policía en la misma recayente, porque no se puede olvidar que como consecuencia de la omisión del adecuado sistema de aireación el gas butano liberado por la llave abierta hubiese salido al exterior, evitándose la retención y su explosión, como se produjo, con las consecuencias nefastas que la vida de familiares, así como heridas sufridas y daños en bienes y enseres de los actores, éstos han experimentado, lesiones y daños susceptibles de resarcimiento, perfectamente definidos en los respectivos escritos de demanda, evaluables, y que ha provocado un evidente detrimento patrimonial y efectos de clara antijuridicidad, porque, los sujetos que lo han experimentado no tienen el deber jurídico de soportarlo, cuando su motivación está en la omisión de las exigencias previstas en la norma que trata de eliminar los riesgos previsibles, lo que constituye la base y la posibilidad de concretar el enlace del vínculo o relación existente entre la Administración y la entidad suministradora «B., S. A.», que se manifiesta en el concurso de la accionabilidad prevista en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa con la determinación de la persona responsable, de acuerdo con el artículo 121.2.° de la misma Ley. *(STS de 25 de enero de 1992, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 1343).*

Tomás FONT i LLOVET
Joaquín TORNOS MAS