

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: 1. FUENTES: *Reglamentos:* 1. Potestad reglamentaria de los Consejeros Autonómicos. 2. Audiencia a los interesados. Supuestos en que es obligatoria la audiencia. 3. Audiencia a los interesados. Sólo es obligatoria en relación a Colegios profesionales y asociaciones no voluntarias. 4. Declaración de nulidad. Nulidad *ex tunc* y anulación de la eficacia derogatoria de la norma. 5. Anulación de oficio.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Ejecutividad. En los supuestos de sanciones disciplinarias no procede ejecutar el acto hasta tanto no sea firme en vía administrativa y judicial.* B) *Suspensión:* 1. Aplicación de la teoría de la apariencia de buen derecho. 2. Necesidad de acreditar la irreparabilidad del daño. 3. Aplicación del artículo 66 de la LBRL. Procedimiento especial.—III. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Control. Artículo 65 de la LBRL. Cómputo de plazos.* B) *Ejercicio de acciones judiciales por el Alcalde.* C) *Cementerios metropolitanos. Falta de competencia municipal.*—IV. COLEGIOS PROFESIONALES: *Naturaleza. No son Administración pública, por lo que no puede exigirse responsabilidad a la Administración por los daños que causen.*—V. FARMACIAS: *Autorización de apertura. Cambio de doctrina del Tribunal Supremo. Admisión de ejecución provisional de sentencia.*—VI. SERVICIO PÚBLICO: *Cementerios.*—VII. TURISMO: *Competencias municipales para otorgar licencias de construcción y competencias turísticas.*—VIII. SANCIONES: A) *Principio de legalidad.* B) *Ejecutividad y presunción de inocencia.*—IX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: *Interesado. Extensión a la vía administrativa del nuevo concepto de interés legítimo de la vía jurisdiccional.*—X. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Justiprecio. Aplicación del principio de unicidad fiscal.*—XI. URBANISMO: A) *Planeamiento:* 1. Competencia local y control por la Comunidad Autónoma. 2. Doctrina sobre las facultades jurisdiccionales de reducción y control de la discrecionalidad. 3. Control de la discrecionalidad y hechos determinantes. 4. Aprobación definitiva. Posibilidad de introducir modificaciones sin remitir el Plan al Municipio. 5. Estudios de detalle. Alcance y límites. B) *Zonas verdes. Modificación en supuesto de permuta.* C) *Licencias. Control de la titularidad dominical en supuestos de bienes demaniales.* D) *Acción popular y visado urbanístico.*—XII. VIVIENDA: *Naturaleza de la cédula de habitabilidad definitiva.*—XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Competencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.* B) *Admisibilidad del recurso:* 1. En Sentencia de revisión se establece doctrina acerca de la improcedencia de inadmitir el recurso por falta de litisconsorcio pasivo necesario. 2. La publicación posterior de un acto notificado reabre el plazo de impugnación. C) *Ejecución de Sentencias:* 1. Fijación en vía incidental de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la inejecución de la Sentencia. 2. Ejecución provisional de Sentencias apeladas. D) *Costas. Imposición al recurrente.*—XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: *Relación de causalidad. Alteración por conducta de la víctima.*

I. FUENTES

Reglamentos.

1. *Los Consejeros de las Comunidades Autónomas ostentan una genérica potestad reglamentaria interna o doméstica, en los términos que se derivan de la legislación vigente. La atribución expresa de la potestad al Gobierno autonómico no excluye cualquier intervención de un Consejero.*

«La sentencia apelada, aunque alude en su Fundamento Segundo al primer motivo de nulidad esgrimido en la demanda —art. 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo por infracción del art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—. Resumiendo el planteamiento de la demanda, limita los razonamientos siguientes al análisis de la cuestión introducida en la providencia de 20 de diciembre de 1988 que sometió a las partes la cuestión de falta de competencia de la Consejería de Salud y Consumo para dictar la Orden recurrida como causa de la nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, haciendo así abstracción de la nulidad por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido al dictarse la Orden impugnada —art. 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo—, por entender que tenía prioridad sobre las demás alegaciones.

Sobre ese punto acotado por la sentencia como tema único el fundamento 4.º llega a la conclusión de que la Ley 6/1983, de 21 de julio, *suprime*, a su juicio *deliberadamente*, cualquier facultad de ejercicio de la potestad reglamentaria residual o secundaria por parte de los Consejeros del Gobierno de la Comunidad dentro del marco de su propio departamento. *Esta supresión se infiere* del texto del artículo 26.5 de la Ley antes citada, que atribuye al Consejo de Gobierno la potestad de aprobar reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes, y del texto del artículo 39, que *no menciona* la facultad de los Consejeros de dictar normas reglamentarias. La inferencia a que nos hemos referido antes es la base esencial para entender suprimido cualquier residuo de la potestad normativa y organizativa interna de los Consejeros. En rigor no hay tal supresión, sino falta de mención expresa que ha de suplirse mediante otros textos de la Ley 6/1983 de los que se desprende la persistencia de las facultades normativas y organizativas propias del marco de poderes de la Comunidad Autónoma al cargo de Ministro de Gobierno de la Nación. La lectura de los artículos 37.1, 38, 30.1 y 9 y 45 de la repetida Ley bastan para justificar que la misma da por subsistentes las facultades reglamentarias llamadas *domésticas*, es decir, relativas a la organización y disciplina internas de la Consejería, enumeración de preceptos que puede completarse con la disposición final segunda de la Ley 6/1983, que hace innecesaria que en la lista de competencias de los Consejeros se reproduzca el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

De acuerdo con las anteriores puntualizaciones, llegamos a la conclusión de que no concurre en este caso la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, que no apreciamos la manifiesta incompetencia de la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía para dictar la orden impugnada.» (*Sentencia de 15 de abril de 1991. Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 3210.*)

2. *Audiencia de los interesados. Obligación de dar audiencia en función del tipo de asociación y del conocimiento que de la misma tenga la Administración.*

«En la sentencia de 19 de mayo de 1988, obra de la extinguida Sala de Revisión, que utiliza las reflexiones de otra anterior de la antigua Sala Tercera —4 de julio de 1987—, se inicia el razonamiento jurídico con consideraciones del Tribunal Constitucional, en cuya opinión la “reserva de ley” que configura en este punto el precepto aludido, “no tiene el sentido de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una disposición legal posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata” —sentencia 18/1982, de 8 de junio (R. T. Const. 18)—.

Por otra parte, esa audiencia corporativa es una más en la constelación de normas que a lo largo y a lo ancho del texto constitucional van diseñando la imagen de una Administración Pública auténticamente democrática y, en consecuencia, el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. Efectivamente, la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino una manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente (art. 23), como lo son también las modalidades de tal principio con reflejo en la justicia (art. 125). Se configura así una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o “administrados”, con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas.

En tal contexto ha de situarse el procedimiento especial para la elaboración de las disposiciones de carácter general que regulaba ya la Ley del Ramo, según hemos tenido ocasión de exponer más arriba. El párrafo cuarto de su artículo 130 exigía que se diera la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por Ley ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición en proyecto, siempre que fuere posible y la índole de ésta lo aconsejare, salvo cuando se opusieren a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto. Las dos cautelas que condicionan esta audiencia y la excepción que justificaría su omisión, aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad, a nuestro entender. No se nos oculta que la afirmación contradice otras muy numerosas del Tribunal Supremo, cuyas tres Salas de lo contencioso-administrativo calificaron esa participación como “facultativa” —sentencias de 6 de diciembre de 1966 y 17 de junio de 1970— o de “observancia discrecional” —24 de diciembre de 1964, 6 de marzo y 14 de diciembre de 1972, 25 de septiembre y 17 de octubre de 1973— e incluso como un “consejo sano del legislador” más que un requisito indispensable —7 de noviembre de 1966—.

Sin embargo, antes y ahora ha habido opiniones discrepantes, aunque aisladas, en el sentido que aquí se propugna. Nuestra sentencia de 16 de mayo de 1972 explicó con acierto y precisión que “el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativas de intereses afectados por disposición general... equivale y sustituye al de audiencia de los intereses que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesorias, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo”, y añade a continuación que si bien “el párrafo cuarto del artículo 130... comienza diciendo ‘siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje’ al referirse al informe de las entidades interesadas...

semejante autorización, comprensible como cautela del interés público ante la extrema variedad y el dedicado alcance que pueden revestir algunas de las disposiciones generales, no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbitrario o infundado uso; sino que queda supeditado a lo que el propio párrafo indica al final: "salvo cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto".

La progresiva tendencia iniciada antes de la Constitución por esta sentencia profética, pero solitaria, debida a la pluma de don José María Cordero de Torres, magistrado entonces de la Sala Cuarta de este Tribunal y que tenía como protagonista a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, fue continuada trece años después por otra de la misma Sala, con fecha 18 de diciembre de 1985, con referencia a la Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, siendo ponente don Angel Martín del Burgo, y una más, ahora impugnada, de 29 de diciembre de 1986. A su vez, la Sala Tercera aceptó la misma perspectiva a partir de su sentencia de 28 de abril de 1987 (Federación Nacional de Empresarios Carniceros-Charcuteros), ratificándola en otras tres posteriores: 7 de mayo (Asociación Española de Productores Cinematográficos) y 4 de julio de 1987 (Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos), así como la de 23 de marzo del año 1988 (Comité Olímpico Español, Real Federación Española de Fútbol y Federación Española de Judo y Deportes Asociados).

La Administración Pública tiene encomendada directamente por el texto constitucional la misión de gestionar los intereses generales, "servir" es el verbo que utiliza el artículo 106, incorporando así el significado etimológico de la propia denominación. La "generalidad" de los asuntos que conforman ese ámbito de actuación excluye, pues, por definición, cualesquiera otra perspectiva parcial, tanto si proviene de la propia organización burocrática o de sus agentes, como si tiene un carácter sectorial dentro de la sociedad, aun cuando en principio puedan ser absolutamente legítimos. En el campo de fuerzas de los intereses particulares, individuales o de grupo, la resultante histórica en cada momento conforma el interés público, que no es por tanto mera suma o yuxtaposición, algo cuantitativo, sino más bien una sublimación cualitativa.

La característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos. Ello constituye el reflejo de dos principios acogidos ambos en la Constitución, uno general, el de igualdad de todos, con múltiples manifestaciones de las que el artículo 14 es sólo núcleo, sin agotarlas. El otro principio es inherente a la concepción contemporánea de la Administración Pública, y consiste en el "sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", principio de legalidad (arts. 103 y 9). No rige aquí la autonomía de la voluntad y menos aún el voluntarismo o decisionismo, ni por supuesto la arbitrariedad.

Un segundo grupo de orientación es la eficacia, mencionado no sólo como referencia para la actuación administrativa en general sino también para su vertiente económica (art. 31). Todo lo dicho nos sitúa en la función del procedimiento como garantía y como instrumento para asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad" de las disposiciones, según frase expresiva incluida en el párrafo que encabeza el procedimiento especial regulado para su elaboración (art. 129 LPA).

La potestad reglamentaria de la Administración Pública, cuyo fundamento directo se encuentra en la Constitución, ha de ejercitarse, pues, dentro de un cauce formal que es, precisamente, aquel procedimiento especial, al cual alude el propio texto constitucional (art. 105.a), aun cuando su regulación date de veinte años atrás. En el esquema sencillo y flexible que ofrecen los artículos 129 al 132 de la Ley *ad hoc*, existen una serie de trámites, preceptivos todos a nuestro entender, como exigencias mínimas de una actividad reflexiva, que no

impiden otros estudios o asesoramientos cuya necesidad venga predicada por las normas peculiares de cada concreto sector. Entre ellos se encuentra el informe de la Secretaría General Técnica y, por supuesto, la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley.

En definitiva, la Ley de Procedimiento Administrativo permitía e incluso imponía una lectura de tal exigencia distinta de la que prevaleció, según ha podido comprobarse. La incidencia de la Constitución hace obligada una interpretación de signo progresivo, conforme a sus principios. Ello sitúa como concepto clave el verbo "afectar", trasplantado al artículo 105 del texto constitucional desde el 130 de aquella primera norma legal, en relación con los "intereses" de que fueren portadores, a título representativo, las organizaciones, asociaciones o entidades. La vinculación entre tales intereses y la norma que de alguna manera les afecta reconduce el planteamiento al ámbito de la legitimación activa, si se recuerda que ésta consiste en una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto, según lo define nuestra sentencia de 18 de diciembre de 1974. En este punto del razonamiento queda clara también nuestra discrepancia respecto de la sentencia 61/1985, de 8 de mayo (R. T. Const. 61), donde el Tribunal Constitucional opina que "la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones (art. 105.a) no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de las partes procesales necesarias", pues en tal procedimiento no hay nadie que tenga que ser llamado con ese carácter, afirmación por otra parte más cercana a los *obiter dicta* que a la *ratio decidendi* del caso.

Ahora bien, estas organizaciones intermedias, con un talante representativo, pueden encuadrarse en dos grupos nitidamente diseñados. Uno de ellos, compuesto por los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, cuya función consiste en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de unos y otros, como establece el artículo 7.º de la Constitución, que más adelante configura los Colegios profesionales con una finalidad semejante respecto de éstos en el artículo 36. En el segundo grupo han de ser clasificadas las demás asociaciones que se creen bajo el cobijo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22). El primer tipo, en sus dos modalidades, tiene su origen o fundamento directo e inmediato en la Ley, mientras que el otro sólo encuentra en ella su respaldo mediato o indirecto, de segundo grado y nace por obra de la voluntad de sus creadores. Aquellas asociaciones cumplen una misión y ejercen un conjunto de atribuciones cuyo ámbito aparece delimitado *ex lege* y *ex ente*. Estas se mueven con fines variados por elección de sus asociados.

Las características esbozadas tienen su reflejo en el aspecto que ahora nos ocupa. Efectivamente, la predeterminación de sindicatos, asociaciones empresariales y Colegios Profesionales, dentro de una tradición ya más que centenaria, cuya existencia es anterior a la propia Constitución y con una competencia definida en sus normas reguladoras, provoca que las Administraciones Públicas las conozcan de antemano y hayan de contar con ellas. En tal sentido se ha venido pronunciando al respecto este Tribunal Supremo, a través de sus salas ordinarias o especiales, en las sentencias que a lo largo de ésta se han mencionado y, por ello, ha reconocido el interés directo para participar en la elaboración de las disposiciones generales que pudieren afectarles a las Asociaciones de Productores Cinematográficos y de Ganaderos de Lidia, a la Confederación Nacional de Cultivadores de Remolacha y Caña Azucarera y a la Federación Nacional de Empresarios Carniceros, así como al Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos o a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Industrial y a la Confederación Nacional de Cámaras

Agrarias o al Comité Olímpico y a la Real Federación Española de Fútbol. Aquéllas lo son de carácter empresarial —Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, que sustituyó al Real Decreto-Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre libertad sindical—, y las demás son profesionales —Leyes 2/1974, de 13 de febrero, y 74/1978, de 26 de diciembre— o forman parte de la llamada Administración corporativa —Ley 23/1986, de 24 de diciembre—.

En cambio, las asociaciones de origen íntegramente voluntario, por la misma indeterminación de la existencia y misión de cada una de ellas, no permiten un tratamiento idéntico a la hora de ser llamadas para su audiencia en el procedimiento. Es evidente que pueden ser cauce de esta modalidad en la participación ciudadana en función de su objeto, como consecuencia del principio finalista o teleológico que informa su vida y su actividad, pero han de hacer para ello acto de presencia y ser, por tanto, conocidas para poder ser convocadas. Las Administraciones Públicas no están obligadas a una investigación previa cada vez que proyecten una norma legal o reglamentaria, sin que tampoco pueda ser suplida por la información pública cuya función es muy distinta. Conviene recordar al respecto que la "Associació d'Objetors de Consciencia" fue inscrita el 23 de marzo de 1987 en el Registro correspondiente de la Generalitat de Catalunya, casi dos años de haberse iniciado, el 7 de junio de 1985, la tramitación del anteproyecto de reglamento para la prestación social de los objetores, que cuatro meses después pasó al Consejo de Estado, como último asesoramiento por establecerlo así la Ley Orgánica.

El Ministerio de Justicia ignoraba que se hubiera creado una asociación, la única hasta entonces, como consecuencia del ámbito territorial reducido por opción propia, el escaso número de sus miembros en aquellos momentos y la inactividad o pasividad ante el Departamento ministerial encargado de las cuestiones que les atañían, circunstancias todas imputables a la propia asociación y en ningún caso a la Secretaría General Técnica donde se estaba elaborando la disposición general. La publicidad inherente a todo registro jurídico de naturaleza pública es, por otra parte, puramente formal y no puede enervar el desconocimiento material de esa nueva asociación. En definitiva, todo ello hizo que no fuera posible en la realidad el cumplimiento del trámite de audiencia, como prevé para empezar el párrafo cuarto del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo y, por tanto, su falta en este caso concreto no vicia esta manifestación de la potestad reglamentaria. El Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, resulta así extrínsecamente correcto, sin perjuicio de lo que pueda opinar la Sala Tercera acerca de su contenido, una vez que ésta le reenvía las actuaciones.» (*Sentencia de 21 de noviembre de 1990, Sala Especial de Revisión, Ar. 1578 de 1991.*)

3. *Audiencia de los interesados. Solamente debe exigirse la audiencia en relación a asociaciones y Colegios profesionales que no sean de carácter voluntario, debiendo estarse, en relación a las distintas asociaciones, a la existencia o no de solicitud de intervención.*

«El segundo motivo del recurso es la falta de audiencia de la Asociación recurrente en la elaboración de la Norma impugnada. Pues bien, tampoco este motivo de impugnación puede tener más éxito que el anterior. Es cierto que este Tribunal viene admitiendo como posible causa de nulidad de las disposiciones de carácter general la falta de audiencia de Asociaciones, Corporaciones o Colegios Profesionales. Pero ello no significa que en la redacción de los Reglamentos hayan de ser oídas cuantas Asociaciones se constituyan: solamente ha de exigirse esta audiencia cuando se trate de Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario, entendiéndose cumplido este requisito de

audiencia que menciona el artículo 105.a) de la Constitución cuando se trata de otras Asociaciones u Organizaciones que ni siquiera han solicitado su audiencia en el procedimiento, ya que no es la Administración quien tiene que indagar la existencia de las numerosas Asociaciones u Organizaciones a quienes puede afectar una determinada Disposición de carácter general, sino a éstas el velar cuanto puede afectar a sus derechos e intereses que representan y, por lo tanto, en la elaboración de las disposiciones de carácter general. No consta que la Asociación recurrente solicitase audiencia, pero es que, además, tampoco exponen los motivos de nulidad del Real Decreto impugnado, siendo evidente que en caso de existir, este recurso que ahora se resuelve será el cauce apropiado para alegarlos. Por ello, no siendo obligada la necesidad de oír a cuantas Asociaciones puedan existir, y resulten afectadas por una Disposición de carácter general, y no habiéndose alegado otros motivos de nulidad sino éste de falta de audiencia y el antes rechazado de infracción del principio de jerarquía normativa, el Real Decreto impugnado debe de ser declarado conforme con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra él.» (*Sentencia de 19 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 552.*)

4. *Declaración de nulidad. Comporta la nulidad «ex tunc» de la norma. Por tanto, se anula la eficacia derogatoria de la misma recobrando su eficacia la norma anterior derogada.*

«Frente a lo que parece señalar la parte apelante, ningún acto administrativo firme dimana, en este caso, del Real Decreto 1895/1983, de 6 de julio, por lo que las alegaciones —no claras— del Abogado del Estado han de ser entendidas —para que podamos entrar en su examen— en el sentido de negar la revivificación del Real Decreto de 1981 por la nulidad del Real Decreto que lo derogó o, dicho en otros términos, considerar que la nulidad de una disposición reglamentaria declarada en sede jurisdiccional por un Tribunal del orden contencioso-administrativo no es una nulidad en sentido estricto, con los efectos *ex tunc* que señala la sentencia de instancia, sino, como se dice, una derogación. Pretensión que sí sería crucial en este caso, pues si tras la sentencia de nulidad del Real Decreto de 1983 no revive el de 1981 habría un vacío normativo, pues lo que en ningún caso cabría —y tampoco lo pretende el apelante— es la aplicación retroactiva de una norma posterior, en este caso el Real Decreto 877/1987. Esta alegación del Abogado del Estado parte de una visión expresiva, usual y aceptada en el lenguaje pero que, en la cuestión que aquí plantea, induce al equívoco. Se suele considerar, en efecto, la derogación en términos de existencia del acto normativo, que habría muerto, y así lo entiende el Abogado del Estado, al ser derogado, cuando lo cierto es que la derogación más que en el terreno de la existencia se sitúa en el terreno de la sucesión de normas en el tiempo, ya que la norma derogada sigue existiendo y produciendo efectos —aun después de su derogación— respecto de las situaciones nacidas a su imperio. Si cesan esos efectos es precisamente por la fuerza derogatoria de la norma nueva, que incide sobre la anterior y determina la cesación de su eficacia desde la entrada en vigor de la nueva. Pues bien, al ser declarada nula la norma derogatoria cesa su fuerza normativa y —con ella— también su fuerza derogatoria, que, en definitiva, no es más que una de las manifestaciones de la fuerza normativa, por lo que sigue desplegando efectos la norma anterior, y ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva (que en el lenguaje metafórico usual llamaríamos muerte de la antigua), pues aquélla ha sido declarada nula con efectos *ex tunc*. Mantener la “muerte” del Real Decreto de 1981 —como pretende el Abogado del Estado— supondría reconocer, todavía, eficacia dero-

gatoria al Real Decreto de 1983 cuando éste —y así se ha declarado— es nulo de pleno derecho con retroacción de actuaciones.» (*Sentencia de 30 de mayo de 1991, Sala 3.ª, Sección 9.ª, Ar. 5104.*)

5. *Anulación de oficio. En un procedimiento de nulidad de oficio de un reglamento en virtud del artículo 109 LPA se aprecia la falta de Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración del mismo.*

«La segunda causa de nulidad del Real Decreto impugnado, que invoca la parte actora, se refiere a la falta del preceptivo dictamen del Consejo de Estado en el proceso de su elaboración, hecho admitido por la parte demandada.

Aunque es muy cierto que en determinado momento existieron soluciones discrepantes en la doctrina de este Alto Tribunal respecto a los efectos de la omisión de tal dictamen —como sucede en las sentencias de 11 y 13 de mayo de 1988—, es lo cierto que aquélla quedó zanjada merced a las sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 10 de mayo y 16 de junio de 1989. Literalmente se afirma en el Fundamento de Derecho Sexto de la primera que "El Consejo de Estado, cuya subsistencia aparece recogida en el artículo 107 de la Constitución, cumple en el aspecto que ahora nos ocupa un control preventivo de la potestad reglamentaria, para conseguir que se ejerza con el máximo ajuste a la Ley y al Derecho respetando así el principio de jerarquía normativa consagrado constitucionalmente (art. 9.º). No es correcto, pues, volatilizar esta cautela previa, que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general, mediante su confusión en el control judicial posterior configurando en el artículo 106 de la primera de nuestras leyes, casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual, normalmente tardío y, en definitiva, escasamente eficaz, que más de una vez se ha producido cuando la norma reglamentaria ha sido derogada y sustituida por otra o lleva años en vigor, produciendo los correspondientes efectos. La intervención preceptiva del Consejo de Estado no se queda por tanto en mero formalismo, corrupción o perversión de la forma, sino que actúa como una garantía profiláctica, preventiva, para asegurar en lo posible el imperio de la Ley, propio de un Estado de Derecho. En la configuración de una Administración Pública con talante democrático, a la que en su aspecto dialogante se alude en nuestra sentencia de 13 de mayo de 1988, ya citada, son imprescindibles los mecanismos de control, los frenos y contrapesos, muchas veces externos pero también internos, que pongan límite a la natural tendencia expansiva del Poder y muy especialmente del Poder por antonomasia, el Ejecutivo, como ya sabían hace dos siglos los padres de la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta es la razón profunda de la tradicional tendencia jurisprudencial, consolidada en doctrina legal, que ha mostrado siempre el máximo rigor para exigir el cumplimiento de estas consultas preceptivas, doctrina que si pudo tener sentido en un sistema autoritario, adquiere todo su significado trascendente a la luz de la Constitución en el sistema parlamentario que implantó".

De esta manera resulta manifiesta la ineludibilidad del dictamen del Consejo de Estado, en los casos que sea preceptivo, con arreglo a la doctrina legal de esta Alto Tribunal.

Es muy cierto —como reiteradamente ha razonado la Administración, tanto en vía interna como jurisdiccional— que el Real Decreto 1313/1984, aquí impugnado, no es un "reglamento ejecutivo", ni por lo antes dicho, "desarrolla" ninguna ley. Se trata de una disposición administrativa donde el Gobierno, al amparo de autorización legislativa, regula una materia fiscal. En este sentido es evidente que el artículo 22.3 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, Orgánica del Consejo de Estado, prescribe la consulta a su Comisión Permanente cuando se trate de "Reglamentos o disposiciones de carácter general, que se dicten en ejecución de

las Leyes así como sus modificaciones”; de donde no es lícito circunscribir el precepto a los casos típicos de desarrollo reglamentario con exclusión de las restantes disposiciones administrativas que se dicten “en ejecución” de una ley, como sucede en el presente caso. *La función del Consejo de Estado queda aquí claramente definida por la necesidad de controlar si la ejecución se ha producido dentro de los límites de la ley que la autorizó.* Es un supuesto similar —aunque de menor rango— que el de los Decretos Legislativos a que se refieren los artículos 82 y 85 de la Constitución y la necesidad de su previa consulta al Consejo de Estado (art. 21.1 de la Ley Orgánica), para constatar la adecuación de éstos con la Ley de Bases o norma legal que los permita. *Ha de concluirse, pues, que el proyecto de Real Decreto que después se concretó en el número 1313/1984, preceptivamente debió ser sometido a consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en virtud de la norma transcrita, cosa que no se hizo.*

Naturalmente, éste es un supuesto distinto al que contempló la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1987 para el Real Decreto 2590/1979, de 7 de diciembre, donde, por ser anterior a la actual Ley Orgánica del Consejo de Estado de 1980, fueron de aplicación el artículo 17.1 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 y el artículo 5.º.1.1.º del Reglamento de 13 de abril de 1945, derogados al tiempo de la elaboración del Real Decreto que aquí se cuestiona.

Establecido el carácter preceptivo del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en el proceso de elaboración del Real Decreto 1313/1984 y admitido por las partes que éste no ha existido, la cuestión se centra en torno a si dicha omisión constituye vicio determinante de la nulidad de pleno derecho de dicha norma, que es lo que se pide por la actora.

Como se afirma en la antes citada sentencia de 17 de junio de 1989, dictada por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “... esta misma Sala declaró como doctrina legal, hace escasamente mes y medio, el 10 de mayo de este año, que *la omisión del dictamen del Consejo de Estado, cuando se exige por Ley, con carácter preceptivo, en el procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, constituye un defecto insubsanable y provoca la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria afectada, si se dictó en ejecución de las leyes*” (Fundamento de Derecho Primero); doctrina plenamente aplicable al caso que se cuestiona, toda vez que el Real Decreto 1313/84, aquí impugnado, como quedó visto, es una disposición administrativa que se dicta —por segunda vez y con igual defecto que la primera— en ejecución de lo dispuesto en la Ley 6/1979, de 25 de septiembre, sobre régimen transitorio de la imposición indirecta.» (*Sentencia de 25 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 3461.*)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Ejecutividad. En el supuesto de sanciones administrativas la ejecutividad del acto debe ceder en favor del derecho fundamental a la presunción de inocencia. No procede ejecutar el acto hasta tanto no exista resolución firme en vía administrativa o judicial. Sentencia dictada en recurso de revisión.*

«Es evidente que tanto en los casos de sanción de destitución a los Secretarios de Ayuntamiento, acordados por el Ministerio de Administración Territorial, como en el de separación del servicio impuesto por el Consejo General del Poder Judicial, los recurrentes han acudido a la vía jurisdiccional en demanda

de una tutela judicial efectiva a la que tienen derecho según el artículo 24.1 de la Constitución, porque aquellas tres resoluciones administrativas han vulnerado la presunción de inocencia establecida en el artículo 24.2 de la Constitución al ordenar el inmediato cese en su cargo a los sancionados. Con ello tratamos de coordinar las invocaciones que se hacen al derecho a esta tutela judicial en unos casos, y al derecho a ser tenidos por inocentes mientras no haya resolución firme en contrario, en el otro. Y con ello empezamos a discrepar de la corrección jurídica atribuida a la sentencia de 24 de noviembre. Ya proporciona algún motivo de escepticismo que una resolución judicial de categoría inferior a una sentencia, aunque sea proferida por el Pleno del Tribunal Supremo, pueda modificar toda una línea doctrinal muy constante, y jalonada por sentencias, de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal. Pero en el núcleo argumental del Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 24 de noviembre de 1986 el que carece de la suficiente virtualidad para quebrar aquella línea doctrinal. En efecto, parece inclinarse por interpretar que el artículo 24, más que derechos constitucionales, contiene garantías procesales aducibles en un proceso de naturaleza ordinaria, pero nunca cabría su incardinación en el proceso de garantía jurisdiccional de derechos de tal índole, no resultando procedente su invocación al amparo de la Ley 62/1978. No es plausible descubrir ahora que el artículo 24 de la Constitución enumera una serie de derechos tanto en el punto 1 como en el punto 2, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia. Y tales derechos son fundamentales por estar incardinados en la Sección 1.ª del Capítulo II, y reafirmarlo así el artículo 62, y su tutela puede recabarse por el procedimiento que establece la Ley 62/1978 y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional según tal artículo. En toda su trayectoria jurisdiccional la presunción de inocencia ha sido considerada como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional; y en sentencia de 14 de junio de 1985 (R. T. Const. 73) ha dicho que es de aplicación en el Derecho Penal y en el derecho sancionador. El Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 24 de noviembre de 1986 sienta que la presunción de inocencia en su faceta de especial tratamiento del inculcado o imputado tiene como finalidad impedir que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada. Si el adverbio "legalmente" engloba la cualidad de firmeza de la resolución que la declara, nos parece correcto; pero si, como parece, no la tiene en cuenta o la elude de propósito, tal afirmación no es ajustada a derecho. Por otra parte, esta faceta de garantía procesal no debe oscurecer la esencia de derecho fundamental de la presunción de inocencia. En definitiva, por cuanto acabamos de exponer y por haber hecho esta sentencia cuestión principal del tema a su estudio sometido el derecho a la tutela efectiva de jueces y Tribunales, siendo así que el núcleo de la cuestión estaba en el derecho a la presunción de inocencia, debemos concluir que la sentencia de 10 de diciembre de 1986, continuadora de las directrices muy asentadas en esta materia, es la jurídicamente correcta; y como consecuencia de todo ello no procede en modo alguno su revisión. Debe, por ello, seguir manteniéndose la doctrina de que, en derecho sancionador disciplinario, la ejecutividad del acto administrativo debe ceder en favor del derecho fundamental de toda persona a ser considerado inocente en tanto una resolución firme, administrativa si no se ha acudido a la vía jurisdiccional, o judicial, en este último caso, no establezca lo contrario.

Con la desestimación del recurso de revisión es procedente la condena en costas de los recurrentes y la pérdida del depósito consignado.» (*Sentencia de 23 de junio de 1989, Sala Especial de Revisión, Ar. 1577 de 1991.*)

B) *Suspensión de ejecución.*1. *Aplicación de la doctrina de la «apariencia de buen derecho» para suspender la ejecución sustitutoria de un acto anulado en primera instancia.*

«Los actos administrativos la suspensión de cuya ejecución se denegó en la resolución recurrida y en virtud de los cuales se acordó requerir a los apelantes doña María del Carmen, doña Consuelo y don Felipe del M. G. P. para que ingresasen en la Caja Auxiliar de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid la cantidad de 5.347.386,00 pesetas a que ascendía el mayor importe que había resultado en la ejecución sustitutoria de las obras de medidas de seguridad acordadas en la finca de su propiedad, sita en el número 40 de la calle Rodríguez Sampedro de esta Villa, tienen su antecedente en otros actos de la expresada Gerencia por los que se acordó dicha ejecución sustitutoria y se aprobó un gasto de 1.387.140,00 pesetas, requiriéndose al ingreso de ellas, en relación con los que se ha de tener presente por su incidencia en el enjuiciamiento de la presente apelación, por una parte, que por Auto de 5 de abril de 1988 de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal fue decretada la suspensión de su ejecución en cuanto al ingreso exigido y, por otra parte, que por sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de julio de 1988, confirmada por la de esta Sala de 28 de febrero de 1990, fue acordada la anulación de los mismos.

La reciente doctrina de esta Sala, iniciada a partir de su Auto de 20 de diciembre de 1990, a la vista de las vicisitudes ocurridas respecto de los actos administrativos de los que los ahora sometidos a enjuiciamiento respecto de la suspensión de su ejecución son consecuencia, lleva decididamente a la estimación de la apelación para revocar el Auto recurrido y acordar la suspensión interesada por los apelantes. En efecto, si conforme a dicha doctrina, 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 de proceso para obtener la 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 las resoluciones, auto y sentencia, dictadas en relación con los actos antecedentes privan a los mismos, y de rechazo a los consecuentes, de la presunción de validez en que se asienta la ejecutividad, y trasladan a los recurrentes la apariencia de buen derecho que les confiere el de obtener una tutela cautelar eficaz, que en este caso no puede ser distinta ni 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 les supondría una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, por más que fuesen posteriormente resarcidos de sus daños y perjuicios.» (Auto de 3 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3423.)*

2. *Necesidad de acreditar la irreparabilidad del daño. La garantía de la tutela judicial efectiva es también predicable de quien acude al proceso como demandado o apelado.*

«Ciertamente surgido en el mundo normativo desde 1956 innovaciones legislativas que propician una tendencia más favorable a la suspensión de los actos administrativos: así la Ley de 2 de diciembre de 1963, modificadora del artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo; el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977 y la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas; pero en todo caso el artículo 122, más o menos matizado por tales factores u otros similares, sigue teniendo plena vigencia en cuanto norma general y no excepcional, cuya desaparición "de facto", como parece llegar a aventurarse por algunos, daría lugar a la paralización general de la Administración. Por otro lado, el artículo 24 de la Constitución no tiene ese alcance e incidencia que en esta materia le concede la recurrente. No se olvide que el Tribunal Constitucional en sentencia de 4 de junio de 1990 (R. T. Const. 102), ha venido a clarificar que la garantía de tutela judicial de aquel artículo no es predicable sólo de quienes instan el proceso judicial, sino también de aquellos que pueden concurrir a los distintos procesos judiciales como parte legitimada en condición de demandada, apelada o en cualquier otra de las legalmente previstas. Por todo ello es absolutamente necesaria la acreditación precisa de los daños o perjuicios que se aleguen así como su irreparabilidad o dificultad de reparación; o, al menos, ante la inexistencia de un período procesal de prueba, la alegación razonable y lógica de tales daños o perjuicios; en cuanto a la importancia que en orden a la resolución de suspender o no el acto administrativo desempeña el interés público, se ha acudido a la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional para llegar a la conclusión de que interés público por una parte y perjuicios o daños por otra, son conceptos que, armonizados y contrastados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión, pero teniendo en cuenta, en todo caso, que el interés general tiene una significación prioritaria y trascendental para denegar la suspensión o para acordarla con mayor o menor amplitud según el grado en que tal público esté en juego. En cuanto a la alegación de nulidad de pleno derecho del antes citado artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo su virtualidad práctica no es en modo alguno decisiva, no sólo porque no priva a los Tribunales de la facultad de decisión con arreglo al artículo 122, sino porque siendo tal alegación siempre integrante del fondo del asunto no cabe razonar sobre la misma en un incidente de suspensión; salvo que se mostrase tal nulidad como algo tan ostensible y llamativo que resultase evidente a todas luces. En definitiva, debemos atenernos siempre —como primera consecuencia de lo expuesto— a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes. En extracto la expuesta es la doctrina jurisprudencial sobre la materia —Autos de 10 de abril, 25 de febrero y 10 de octubre de 1987; 21 de marzo y 15 de julio de 1988; 8 de febrero y 6 y 10 de abril de 1989; 6 de marzo y 17 de octubre de 1990—.» (Auto de 3 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 494.)

3. *Artículo 66 LBRL. Procedimiento especial que permite acordar de forma sumaria la suspensión. Posibilidad de revisar la decisión en cualquier momento.*

«Por la Abogacía del Estado se impugnó la licencia de obras concedida a la entidad ahora apelante por el Ayuntamiento de Estepona por entender, de

conformidad con el artículo 66 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que aquélla constituía un supuesto de acto municipal que interfería el ejercicio por el Estado de competencias propias derivadas de la Ley de Costas, a la vez que solicitó, mediante otrosí, en su escrito de interposición de recurso, la suspensión del referido acto. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga acordó en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación, la suspensión interesada, sin audiencia ni del Ayuntamiento de Estepona, ni de la entidad titular de la licencia, que, lógicamente, no se habían personado aún en las actuaciones, por lo que esta última, una vez comparecida, solicitó la nulidad de la referida resolución a fin de que se repusieran las actuaciones al trámite procesal de audiencia a los interesados, con carácter previo a dictar la resolución que proceda. La Sala de instancia por Auto de 14 de octubre de 1989 —objeto del presente recurso de apelación— declaró no haber lugar a la nulidad del Auto de 11 de agosto del mismo año en virtud del cual se acordó la suspensión solicitada por el Abogado del Estado.

El objeto de la presente apelación versa, pues, únicamente sobre el citado Auto de 14 de octubre de 1989 y, por tanto, la única cuestión a decidir es si procede o no decretar la nulidad de actuaciones por haber sido dictado el mismo sin la previa audiencia del Ayuntamiento demandado ni de la entidad mercantil recurrente, quedando al margen de la presente apelación aquellas otras cuestiones que, referidas a la improcedencia de la suspensión decretada, ha pretendido introducir la apelante en este momento procesal.

Para la resolución de la cuestión planteada, debe tenerse muy en cuenta que la Administración del Estado utilizó, en el supuesto litigioso, la *vía especial prevista en el artículo 66 de la citada Ley de 2 de abril de 1985 que autoriza a la Administración del Estado o a la Administración Autonómica correspondiente para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellos actos y acuerdos de las entidades locales que "menoscaben competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades", a la vez que establece un régimen especial en materia de suspensión al disponer que el Tribunal podrá acordarla "en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación". La excepcionalidad del supuesto exige un procedimiento sumario de suspensión que permita de forma inmediata tutelar los intereses generales o comunitarios en juego, con el fin de evitar que puedan verse gravemente afectados por la demora en la decisión, sin que, en consecuencia, se requiera, en principio, más audiencia ni otra intervención que la del órgano jurisdiccional, cuya resolución deberá ir necesariamente precedida de una exposición "razonada en la integridad y efectividad" del interés afectado, y es en un momento posterior, en el caso de que se hubiera accedido a la suspensión, cuando se prevé expresamente el trámite de audiencia, al señalarse en el último inciso del citado artículo 66 que "no obstante, a instancia de la Entidad local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación". Procedimiento que, por otra parte, no difiere esencialmente del establecido con carácter general en el artículo 123 de la Ley Jurisdiccional, que, como señala el Auto de esta Sala de 3 de julio de 1989, "sólo hace obligatoria la audiencia de las partes demandadas y coadyuvantes si es que 'hubieran comparecido', condición ésta que resulta perfectamente congruente con la necesidad de proveer sin demora alguna respecto de una solicitud que puede deducirse 'en cualquier estado del proceso', según el número 1 de aquel artículo, siendo necesario evitar, con la mayor urgencia, la producción de los perjuicios que se invocan para el caso de ser denegada, como auténtica medida cautelar que es". Precisamente por el carácter cautelar y revisable que tienen los acuerdos adoptados en la pieza de suspensión, los mismos*

pueden ser rectificadas, en cualquier momento, a la vista de nuevos datos o circunstancias que sean puestas en conocimiento del Tribunal, por lo que nada se opone a que aquella suspensión inicial, adoptada con carácter de urgencia por el órgano jurisdiccional, tras la ponderación de los intereses generales afectados, pueda ser modificada como consecuencia de posterior intervención de las demás partes interesadas.» (Auto de 22 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 567.)

III. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Control. Artículo 65 LBRL. Cómputo de plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo tras el requerimiento y el acuerdo municipal rechazando el contenido del mismo.

«El artículo 65 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, número 7/1985, de 2 de abril, estableció la posibilidad de que las Comunidades Autónomas o la Administración del Estado impugnaren los acuerdos de las entidades locales en los supuestos allí establecidos, bien directamente, bien previo requerimiento dirigido a la entidad autora del acto para que procediera a su anulación; en este último caso el artículo 215.4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986, señala que el plazo de dos meses para impugnar el acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se contará desde el día en que venza el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento. El requerimiento efectuado no altera la situación institucional de la Administración requirente convirtiéndola en especialmente interesada y merecedora de una notificación individual del acuerdo que resuelva su requerimiento. Aunque sustancialmente el mismo pueda semejarse a un recurso de reposición, formalmente se excluye expresamente esta caracterización en el artículo 214.2 del Reglamento de 28 de noviembre de 1986, lo que significa, por un lado, que en el caso de que la entidad local requerida no se pronuncie expresamente sobre el requerimiento, a la impugnación jurisdiccional subsiguiente no se aplica el régimen general de la impugnación de los actos presuntos sino el específico establecido en el artículo 215.4 de dicho Reglamento y, por otro, que la Administración requirente no es titular de un específico derecho a una notificación individual sino al general de recibir la comunicación del acuerdo que se adopte sobre el requerimiento efectuado, conforme al sistema de relaciones interadministrativas que resulta del artículo 56.1 de la Ley 7/1985 y regula el artículo 192 del Reglamento de 1986. Aunque ello podría conducir al reconocimiento de la eficacia de la primera comunicación remitida por el Ayuntamiento de Langreo al Principado de Asturias, para computar desde la fecha de aquélla el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, no puede desconocerse que, estando aún abierto el plazo para la impugnación de dicho acto, el Ayuntamiento de Langreo remitió una nueva comunicación del mismo al propio Consejero de la Comunidad que había efectuado el requerimiento, en la que se incluía únicamente el punto del acta de la sesión del Ayuntamiento en que se acordaba el mantenimiento del acto municipal, lo cual induce a pensar que la propia Corporación municipal entendía necesaria esa específica comunicación y justifica la confianza de la Comunidad Autónoma en que el plazo para presentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo habría de computarse

desde la recepción de esta última comunicación.» (*Sentencia de 12 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 5591.*)

B) Ejercicio de acciones judiciales por el Alcalde. Examen de los diversos requisitos y supuestos. Incluso impugnación de reglamentos ante la imposibilidad de convocar el Pleno en tiempo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«El 22 de abril de 1986 el Procurador don Santos de G. C. interpuso, en nombre del Ayuntamiento de Sopelana (Vizcaya), recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 352/86, de 10 de febrero, publicado por el "BOE" del siguiente día 22. Al escrito de interposición acompañaba certificación del Decreto del Alcalde de 18 de abril del mismo año, acordando impugnar la disposición general citada y señalando que la decisión la tomaba por razones de urgencia, dada la perentoriedad de los plazos procesales, sin perjuicio de ordenar que se diera cuenta al Pleno, para su ratificación.

Con fecha 30 de julio de 1990 se le notificó al representante procesal del Ayuntamiento la providencia de la Sala en la que se sometía a su consideración la posibilidad de que el recurso fuese declarado inadmisibile, conforme al artículo 82.b) de la Ley de la Jurisdicción, teniendo en cuenta que el artículo 22.2.j) de la Ley 7/85 encomienda, en todo caso, al Pleno de la Corporación el ejercicio de las acciones judiciales, siendo así que en este proceso consta que la pretensión solamente había sido ejercitada por el Alcalde. Transcurrido el plazo de diez días que se le había concedido, dicha representación no ha hecho manifestación alguna.

Aun cuando es cierto que el artículo 21.1.i) de la Ley 7/85 autoriza al Alcalde para ejercitar acciones judiciales en caso de urgencia, sin embargo éste es un concepto que debe ser matizado, en el sentido de limitar el ámbito de dicha facultad a los casos en los que la brevedad del plazo para ejercitar la acción haga razonablemente imposible o gravemente dificultoso que la decisión de acudir a los Tribunales pueda ser adoptada por el órgano al que la Ley reserva normalmente la expresión de la voluntad de la entidad local dirigida a formular pretensiones judiciales.

Entendemos que aquellas circunstancias no concurren objetivamente en casos como el presente, en los que el plazo de dos meses previsto en la Ley de la Jurisdicción para interponer el recurso contencioso-administrativo es tiempo en principio razonablemente suficiente para que el Pleno hubiera manifestado su criterio.

Cabe, no obstante, admitir que la tramitación del expediente dirigido a obtener dicha manifestación o la complejidad de las cuestiones a debatir antes de decidir sobre el ejercicio de la acción, determinen que en algunos casos no sea posible obtener un pronunciamiento dentro del plazo procesal, aun cuando por regla general éste deba considerarse suficiente. En estas circunstancias, resultaría correcta, desde luego, la forma de actuar del Alcalde de Sopelana, resolviendo ejercitar la acción, sin perjuicio de que su voluntad fuese ratificada por el Pleno. Pero es que en este caso no solamente no se han aportado elementos que acrediten que, efectivamente, el plazo de dos meses había resultado insuficiente para que formase su voluntad el Pleno, justificando así la razón de urgencia a la que se refiere el decreto del Alcalde, sino que además tampoco se ha probado que éste haya sometido a debate la ratificación que él mismo había acordado, a pesar de que, como hemos dicho antes, la Sala ha puesto de manifiesto, por la vía del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción, la posible procedencia de inadmitir el recurso, por no mediar acuerdo de la Corporación

en Pleno dirigido a interponerlo. Ante esta situación, entendemos que debemos pronunciarnos en el sentido indicado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.b) de la Ley de la Jurisdicción.» (*Sentencia de 17 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 3223.*)

C) *Cementerios metropolitanos. Falta de competencia municipal para el establecimiento de estos servicios supramunicipales, más aún cuando el legislador ha reservado a la Administración autonómica la prestación del servicio.*

«En el segundo lugar se alega la incompetencia de los entes locales para decidir la ubicación de los cementerios metropolitanos, para lo cual la competencia es exclusiva de la Comunidad Autónoma, y así ha quedado plasmada expresamente en la Ley 1/1987, de 5 de marzo, de la Asamblea de Madrid. Tal alegación plantea la cuestión de dilucidar cuál sea, realmente, la naturaleza del cementerio que se pretende instalar por el Ayuntamiento de Pinto dentro de su término municipal; esto es, si la necrópolis va a ser exclusivamente municipal o bien su finalidad es metropolitana o aun supramunicipal. *Está fuera de toda controversia la competencia municipal como una de las mínimas y tradicionales para la instalación de cementerios y servicios fúnebres* —art. 101.c) de la Ley de Régimen Local de junio de 1955; Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de 20 de julio de 1974; Ley de 3 de noviembre de 1978 sobre Enterramientos en Cementerios municipales; nueva Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986—. *Ahora bien, la existencia real de necesidades de enterramientos que exceden del ámbito municipal ha llevado en el ámbito de la provincia de Madrid a que este servicio público sea prestado por la Comunidad Autónoma para poder ser atendido con la mayor eficacia con la cobertura legal de la Ley 1/1987, de 5 de marzo; sin perjuicio de la competencia que corresponda a cada Ayuntamiento.* En los autos no se ha practicado —ni propuesto— prueba alguna por el Ayuntamiento de Pinto tendente a la acreditación de su tesis de que el cementerio proyectado pretende cubrir solamente las necesidades de enterramiento de su población. Hemos de valernos, en vista de ello, de la documentación aportada a los autos y del expediente administrativo para definir cuál sea la finalidad y, en definitiva, la naturaleza de este proyectado cementerio. Los datos que se ofrecen a simple vista son sumamente esclarecedores, a saber: a) en agosto de 1983 el Ayuntamiento de Pinto y la empresa O. y E. L., S. A., acuerdan instalar una necrópolis metropolitana de carácter privado en dicho término municipal cuya ejecución y explotación se llevaría a efecto por la citada sociedad anónima (folio 40 del expediente); b) según la Memoria del Plan Especial, la conveniencia y oportunidad de tal cementerio se justifica por la necesidad urgente de suelo en la provincia de Madrid para enterramientos, y se citan concretamente en el epígrafe de accesos al proyectado de Pinto las localidades de Getafe, Leganés, Alcorcón, Móstoles, Fuenlabrada y Parla, además de la capital, Madrid, cuyos once cementerios se estiman ya colmatados; c) la extensión del nuevo cementerio sería, como máximo, de 45 hectáreas y la media de enterramientos diarios sería de 18-20 con un máximo de 6.000 al año; d) este cementerio vendría a ser una necrópolis-parque, conceptualizado como zona verde con un aspecto exterior absolutamente distante y distinto de los tradicionales camposantos, y además de los usos habituales y accesorios tales como sala de autopsias, velatorio, etc., tendría crematorio, sala de conferencias con aulas, cafetería, pequeños comercios (estanco y floristería), almacenes, aparcamiento para 200 vehículos e incluso un lago artificial. Todos estos datos nos permiten afirmar, sin duda alguna, que *nos encontramos en presencia de un cementerio proyectado, no para satisfacer las necesidades de*

enterramiento del municipio de Pinto, notoriamente mucho menores, sino las de varios municipios más; es decir, el proyectado es un cementerio supramunicipal.

Esto sentado, ciertamente, la Ley comunitaria de Madrid 1/1987 carece de efectos retroactivos, no siendo por ello aplicable en este caso. Pero debe recordarse que ya la Ley de Régimen Local de 1955 (art. 255) y el Reglamento de Servicios (art. 162) establecían como cooperación provincial a los servicios municipales con carácter preferente, entre otros, el de los cementerios; la vigente Ley sienta como competencia propia de las Diputaciones la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal (art. 36), competencias asumidas por las Comunidades autónomas uniprovinciales según el artículo 40, que recoge lo dicho por el artículo 9 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, sobre Proceso Autonómico y por la Disposición Transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de Madrid de 25 de febrero de 1983. *La aplicación de esta normativa es obvio que excluye cualquier competencia del Ayuntamiento de Pinto para la prestación de los servicios públicos de enterramientos que se pretenden con la instalación del cementerio en cuestión, así como la propia instalación del mismo; que, por otra parte, tampoco puede ampararse en el Plan General de Pinto puesto que en éste no se habla para nada —ni podía hacerlo— de cementerio metropolitano o supramunicipal; ni se trata de un cementerio privado, aunque así lo diga el convenio entre la empresa L. y el Ayuntamiento de Pinto, puesto que a la necrópolis que pretenden instalar tendría acceso cualquier ciudadano que satisfaga las tasas o precios correspondientes. O por cuyo óbito se paguen.*

Lo anteriormente expuesto y razonado propicia, con la revocación de la sentencia de instancia, la confirmación de los acuerdos impugnados por ser ajustados a derecho; si bien sin expresa condena en las costas, al no apreciarse para ello circunstancias de las contempladas en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.» (*Sentencia de 5 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3289.*)

IV. COLEGIOS PROFESIONALES

Naturaleza. No son Administración pública y, por tanto, no puede exigirse a la Administración responsabilidad por daños derivados por la baja indebida de un colegiado.

«Las extensas y reiteradas alegaciones articuladas por la parte apelante, carecen de toda consistencia y están desprovistas de serio fundamento para alcanzar la revocación pretendida, por cuanto ya de principio y en apreciación desapasionada y objetiva de las actuaciones obrantes en los autos se obtiene la firme convicción de que la sentencia impugnada, mediante motivaciones jurídicas que sustancialmente aceptamos, decide acertadamente y de conformidad con el ordenamiento la problemática litigiosa, la cual se condensa esencialmente en la concreta determinación de si deviene o no procedente, en el caso cuestionado, la reclamación de daños, formulada al amparo de los artículos 106 de la Constitución y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como consecuencia de haber sido dado de baja indebidamente en su cualidad de Gestor Administrativo colegiado y Agente de la Propiedad Inmobiliaria por la Junta de Gobierno, sin haber sido repuesto, a pesar de que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Comercio estimó el recurso en su día promovido contra la decisión de aquella Junta, revocando el acto colegial adoptado.

El artículo 106.2 de la Constitución ciertamente consagra el derecho de los

particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, cual ya establecían el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico y el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero tales preceptos taxativamente exigen, según se desprende de los propios términos empleados, que no plantean duda alguna interpretativa al respecto, que los daños dimanen directamente del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o, incluso de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, esto es, que en todo caso resulta requisito necesario o imprescindible ese especial condicionamiento o nexo causal para dar lugar a la correspondiente indemnización y como los daños pretendidos en el proceso se enlazan o anudan con las determinaciones adoptadas por Juntas de Gobierno de Colegios Profesionales, es por lo que, y como anticipábamos, deviene a todas luces improcedente la pretensión actualizada en la litis, pues aquellos Colegios no constituyen la Administración del Estado constituida, con personalidad jurídica única, por órganos jerárquicamente ordenados (art. 1 de la Ley Régimen Jurídico), sino que son corporaciones de derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines —art. 1 de la Ley 2/74, de 13 de febrero—, advirtiéndose que es irrelevante el hecho de que los Colegios Profesionales se relacionen orgánicamente con la Administración a través del Ministerio correspondiente, pues tal relación de carácter meramente tutelar, no obsta a la realidad que dejamos constatada de la absoluta diferenciación existente entre la Administración del Estado y los Colegios Profesionales, ello aparte de que, como antes decíamos, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Comercio estimó en su día el recurso promovido contra el acuerdo de la Junta, reparando la infracción cometida.» (*Sentencia de 5 de febrero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 720.*)

V. FARMACIAS

Autorización de apertura. Cambio de doctrina del Tribunal Supremo: admite la ejecución provisional de la sentencia de instancia que autoriza la apertura de la farmacia. Se pondera no sólo el interés del solicitante, sino el interés público como elemento preferente de valoración.

«Los recurrentes coinciden en plantear: a) que el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforma de 1984, no es aplicable a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa so pena de entender derogados los artículos 96 y 104 de la misma y que es inconstitucional la ejecución provisional de sentencias no firmes en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y b) que, en el supuesto de que sí lo fuera, no se podría decretar —en el caso concreto— la ejecución provisional porque no se dan los requisitos que exige el párrafo segundo del artículo 385 invocado, al ser irreparables los perjuicios que se seguirían de la ejecución provisional y, se añade por la representación de doña María Victoria G.-P. y don Ernesto T. A., ser insuficiente el aval de 1.000.000 de pesetas.

La aplicabilidad del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha sido declarada por la Sala en repetidas ocasiones —Autos de 13 de diciembre de 1989; 11 de enero, 20 de marzo, 23 de octubre y 13 de noviembre de 1990 y 19 de febrero de 1991—. Entra en juego aquí la Disposición adicional 6.ª de la Ley de esta Jurisdicción al

tratarse de un supuesto que no regula esta Ley especial, como lo es la ejecución provisional de las Sentencias. La inexistencia de incompatibilidad tanto con el artículo 96 como con los artículos 103 y siguientes de la LJCA se demuestra, en primer lugar, por la evolución legislativa que se hace notar en el párrafo tercero del artículo 6.º del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, donde, con carácter general, se admite la posibilidad de ejecución de las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, aunque, como se justifica en el Preámbulo de la norma, estableciendo que el recurso de apelación de que puedan ser objeto se admitirá en un solo efecto. También se dice expresamente que son apelables en un solo efecto las sentencias dictadas en garantía contencioso-administrativa contra actos que afecten derechos fundamentales de la persona, a tenor de lo establecido en el artículo 9.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección de Derechos Fundamentales, sin que queda duda de inconstitucionalidad sobre estas modificaciones que, precisamente, se han introducido para evitar los efectos perjudiciales que para la tutela judicial efectiva puede originar una demora excesiva o dar la obligada preferencia a la tutela de pretensiones relacionadas con derechos fundamentales. No se aprecia, además, incompatibilidad de la LEC con la LJCA, cuando ésta predica que la apelación contra las sentencias será en ambos efectos (art. 96 LJCA), ya que aunque, según la reforma de 1984, es necesaria en aquella disposición expresa para entender que la apelación civil se admite en dos efectos (art. 382.2 LEC), también son apelables en dos efectos, en virtud de la norma general contenida en el número 1.º del artículo 384 de la LEC, "las sentencias definitivas en toda clase de juicios", en forma no muy diferente a lo regulado en el artículo 96 de la LJCA. Lo que acontece es que el artículo 385 de la LEC dispone un mecanismo de ejecución provisional para las sentencias del artículo anterior (esto es, las apeladas en dos efectos) en el supuesto, plazo y casos allí previstos. Y es esta novedad la que resulta de aplicación a la jurisdicción contenciosa —dado el carácter en cierta forma común de la legislación procesal civil con relación a la contencioso-administrativa por el juego de la ya citada adicional 6.ª— alterando el significado del artículo 96.2 de la LJCA, pero sin que ello suponga una contradicción que lleve a entender derogada la LJCA, como resulta del principio *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Tampoco obstaculiza esta conclusión la alegación respecto del interés de mantener y cumplir el contenido de una resolución administrativa en tanto no sea revocada por sentencia firme. Frente a lo que cabe recordar el privilegio de la autotutela de la Administración y que, toda vez que la presunción de legitimidad de los actos administrativos sigue plenamente vigente, sería preciso preguntarse a la inversa de lo argumentado si, tras la primera instancia, donde se ha producido ya un control jurisdiccional pleno, no se debe permitir —en aras de la tutela judicial efectiva de los justiciables— examinar la conveniencia de ejecutar provisionalmente, al menos en casos determinados y con las debidas garantías, el fallo judicial no definitivo, en cuanto la presunción de validez ha quedado cubierta por fallo jurisdiccional en sentido contrario, lo que también despeja la sospecha de inconstitucionalidad aducida y sirve para ratificar el criterio de la posibilidad de ejecución provisional de las sentencias de primera instancia por aplicación supletoria de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La segunda de las cuestiones planteadas ha sido resuelta por la Sala en el Auto de 20 de marzo de 1989 donde se señala que el artículo 385 LEC establece dos reglas especiales, una permisiva (cuando se trate de ejecución de sentencias de condena al pago de cantidades líquidas) y otra prohibitiva (las sentencias recaídas en juicio que verse sobre capacidad, estado civil, derechos honoríficos, etc.), y, finalmente, una regla general para el resto de los supuestos, en los que el juzgador ha de ponderar si es reparable o irreparable el perjuicio que pudiera irrogarse con la ejecución de la sentencia. Y en estos casos de revocación jurisdiccional de denegaciones de solicitudes de apertura de oficinas de farma-

cia, el criterio de esta Sala ha sido hasta ahora contrario a la ejecución (Autos de 13 de diciembre de 1989; 11 de enero, 23 de octubre y 13 de noviembre de 1990 y 19 de febrero de 1991) por entender a los perjuicios que sufrirían los profesionales instalados con la apertura de la nueva oficina al resultar no ya difícil sino imposible en la realidad práctica concretar la cuantía de los que pudieran sufrir, por cuanto no son evaluables en cuanto a la disminución de sus ventas por depender de circunstancias tan contingentes y aleatorias como la mayor o la menor morbilidad en la zona durante el período de la ejecución provisional. Doctrina que, en este caso concreto, suscita mayores reflexiones, que van a llevar a la Sala a cuestionar los precedentes de que ha hecho mérito, respecto de casos similares.

Teniendo presente esta doctrina constitucional, considera la Sala que en el caso concreto que aquí se examina es decisivo para la solución que vamos a adoptar el hecho de que se enjuicie la apertura de una oficina de farmacia nueva, lo que nos lleva a aplicar criterios distintos a los de los precedentes sentados en los Autos de 13 de diciembre de 1989; 11 de enero, 23 de octubre y 13 de noviembre de 1990 y 19 de febrero de 1991. Dejamos claro, ante todo, que el criterio que adoptamos en modo alguno anticipa ningún juicio respecto de la pertinencia o impertinencia de las posiciones de las partes o respecto del posible fallo final del proceso principal a que se refiere. Hay que considerar que la apertura de una nueva farmacia, por el supuesto de núcleo de población del artículo 3.1.b) del Decreto 909/78, de 14 de abril, cambia la perspectiva hasta ahora considerada, si se tiene en cuenta que concurre en él, junto al interés de los farmacéuticos ya establecidos y al interés del nuevo solicitante —tenidos en cuenta preferentemente en los precedentes reseñados para valorar la evaluabilidad de posibles perjuicios particulares el elemento preferente del beneficio del interés público en la apertura de una oficina de farmacia nueva en un núcleo de población. Y, como hemos declarado en reiteradas ocasiones, el interés general ha de prevalecer sobre los intereses particulares, al hallarse en pugna con ellos —SS. de 22 de abril de 1983, 31 de enero de 1979 y 17 de noviembre de 1978—. Las limitaciones en orden a la apertura de una oficina de farmacia no responden al propósito de proteger a una clase profesional, reduciendo el número de sus competidores, sino de conseguir una adecuada distribución de una actividad privada de interés público —Sentencia de 29 de septiembre de 1987—. Y ese criterio debe llevar a autorizar en el supuesto considerado la ejecución provisional de la sentencia de instancia. Con esa ejecución provisional se satisfacen además en este caso las necesidades del público, o interés general de un núcleo de cierta entidad de población al servicio farmacéutico, que quedaría dañado —en forma no evaluable— en caso de optar por la negativa a una apertura. Entendemos, por ello, que procede dar primacía en la ponderación del conflicto aquí planteado al indicado interés general, lo que nos lleva a declarar ajustada a Derecho la ejecución provisional acordada. A mayor abundamiento, en el caso que se examina, es de aplicación el principio *in dubio pro libertate*, que también juega en favor de la libertad de ejercicio profesional de un licenciado en farmacia —S. de 22 de mayo de 1984—. Todo ello nos inclina a desestimar la apelación presentada, confirmando el Auto de instancia en todos sus pronunciamientos ya que —además— la presencia de una fianza, fijada por el juzgador de instancia y ya prestada, sirve de cautela adecuada de la ejecución provisional frente a la hipótesis o posibilidad de un fallo revocatorio de la sentencia de instancia.» (Auto de 23 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 3516.)

VI. SERVICIO PÚBLICO

Cementerios.

Vid. III. ADMINISTRACIÓN LOCAL. C) *Cementerios metropolitanos.* (Sentencia de 5 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3289.)

VII. TURISMO

Competencias municipales para otorgar licencias de construcción y competencias turísticas.

«Pasamos sin más al motivo de fondo. En varias ocasiones —Sentencias de 2 de febrero y 29 de abril de 1988 y 3 de julio de 1990— esta Sala ha resuelto el tema de fijar hasta qué punto y con qué vigor normativo, conservan su vigencia la Ley 197/1963, de 28 de diciembre, y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964 sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional. Y con base en la Disposición Final 3.ª de la Ley 19/1975 de Reforma de la Ley del Suelo de 1956; en la Disposición Transitoria 5.ª.4 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976; en la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 (art. 25.2.d) y en el Texto Refundido de 18 de abril de 1986 (art. 23); y en la Constitución Española (arts. 137, 138.3.ª y 140), interpretados a la luz de los criterios establecidos en el artículo 3 del Código Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha llegado a la conclusión de que su vigencia es residual, esto es, en lo que no se opongan a la Ley de Bases de Régimen Local y a la Ley del Suelo, a través de las cuales opera específicamente la autonomía municipal en materia urbanística, garantizada en el artículo 140 de la Constitución. Es decir, el interés turístico nacional, clave de la aparición de su normativa específica —la Ley de 1963 y el Reglamento de 1964— se ha titularizado con el régimen constitucional en las Comunidades Autónomas, en las Provincias y en los Municipios, aunque persista, además, en el Estado; de manera que aquellos entes ya no pueden ser considerados tan sólo como personas interesadas en promover el procedimiento para la declaración de Zona o Centro de Interés Turístico Nacional, a tenor del artículo 7 de la Ley; o como entes obligados a elevar informes según el artículo 9, sino que tienen capacidad plena de actuación en la materia turística en defensa de sus propios intereses, que siempre deben estar armonizados con el interés estatal, a través de los instrumentos de planeamiento que le proporcionan la normativa urbanística, a la que precisamente hacen sustanciales remisiones la Ley y el Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional. La competencia para otorgar licencias reside en los Ayuntamientos de acuerdo con las previsiones de la Ley del Suelo, con los Planes de Ordenación Urbana y Programas de Actuación Urbanística y en su caso Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, y mediante el procedimiento prevenido en la legislación de Régimen local (arts. 178 y 179 de la Ley del Suelo). Todos estos preceptos carecerían de significado alguno si admitiésemos que un informe desfavorable del Ministerio de Información y Turismo —ahora de las Comunidades Autónomas— o una falta de semejante informe, como se deduce del párrafo segundo del artículo 70 del Reglamento de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional de 1964, tuviese el valor de vetar el otorgamiento de una licencia municipal de edificación, puesto que aquí no estamos en presencia de una competencia

compartida sino exclusiva de los Ayuntamientos. Pero es que, además, la Ley del Suelo no contempla estas competencias turísticas entre las salvedades a que se refiere el artículo 179.1. Finalmente, aun en la hipótesis —absolutamente incompatible con lo anteriormente expuesto— de la plena vigencia de la legislación turística citada, es decir, situándonos en la época de su aparición, 1963 y 1964, resulta que el artículo 70 del Reglamento regula el procedimiento para otorgar licencias para fines o motivos no turísticos y —lógicamente— tiene que remitirse a la legislación vigente en la materia, salvo el previo informe favorable que introduce en el apartado 2; pero no está desarrollando precepto alguno de la Ley ya que el artículo 17 de la misma se está refiriendo en sus diversos apartados a fines o motivos turísticos. Es decir, *carece de cobertura legal y es, por tanto, inaplicable según el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* Yerra por tanto la sentencia de instancia cuando justifica este vacío legal diciendo que se trata de una innovación normativamente inocua, y la aplica también al otorgamiento de licencias —cual ocurre en este caso— que no tienen motivación o fines turísticos.» (*Sentencia de 20 de febrero de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 1381.*)

VIII. SANCIONES

A) *Principio de legalidad. Espectáculos públicos. Tipificación de infracciones y sanciones en la Ley de Orden Público. Cumplimiento de la normativa en materia de horarios. Sentencia en recurso de revisión.*

«La infracción imputada en este caso al demandado en este Recurso y actor en la instancia consiste en incumplimiento del horario de cierre del establecimiento de su propiedad "Sala en Bruto" tipificado como falta administrativa en el apartado 35 del artículo 81 del Reglamento de 27 de agosto de 1982 (Real Decreto 2816/82) y sancionada con multa y apercibimiento de clausura al amparo de lo preceptuado en el artículo 82, apartados 2 y 5, del propio Reglamento.

La sentencia impugnada en una argumentación muy escueta llega a la conclusión de la falta de cobertura o habilitación legal (para inaplicar el Reglamento al tratarse de un recurso indirecto) de los preceptos reglamentarios citados al decir que "si bien el régimen de horarios sobre establecimientos públicos contenido en el Reglamento del 82 contaba con el precedente del Reglamento de 3 de mayo de 1935; sin embargo no puede ignorarse que el cuadro de sanciones es distinto y desde luego no puede sostenerse que si el Reglamento de 1982 se funda en la habilitación que pueda derivarse del artículo 2.e) de la Ley de Orden Público y su disposición final 2.ª, se excuse la inexistencia de tipificación previa por el hecho de que el Reglamento de 1935 exigiera el cumplimiento de los horarios en los establecimientos abiertos al público (arts. 20 y 52) *al ser distinto el cuadro de sanciones se ha producido innovación que debe entenderse contraria al artículo 25.1 de la Constitución Española que se alega como infringido*".

Sin embargo y frente a tal razonar cabe esgrimir las razones jurídicas dadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1985 y 9 de marzo de 1989 que declara acomodado al Ordenamiento Jurídico el Reglamento de Espectáculos de 1982 y en particular las normas contenidas en los artículos 81 y 82. La Sala de Revisión comparte el criterio jurídico mantenido en esta sentencia, así como en el voto particular de la sentencia de la Sección 7.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991.

Y ello porque el Reglamento propiamente es una normativa actualizada de

las disposiciones dispersas anteriores —Reglamento de 3 de mayo de 1935 y 23 de noviembre de 1977, etc.— adaptado a la normativa posterior (Ley de Orden Público, art. 2.º e, i, y art. 260 de la Ley de Régimen Local de 1955, como se resalta en la Memoria y Exposición).

En tal sentido puede sostenerse la cobertura que a tal Reglamento sigue prestando la Ley de Orden Público en las situaciones de normalidad, entendida a través de criterios interpretativos acomodados a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, pues no debe olvidarse que en un estado de normalidad —y siempre ceñido al campo de los derechos no fundamentales— el orden público es un concepto jurídico que puede integrar en su contenido expansivo al de “tranquilidad pública”, y desde el justificar sobradamente la intervención administrativa con la finalidad de protección de los derechos de los ciudadanos en relación con el descanso, calidad de vida en medio ambiental adecuado, etc.

En la medida en que la continuidad de apertura de un establecimiento público potencialmente molesto (ruido, etc.) pasada la hora de su cierre obligado (o anticipándose) puede incidir —y de hecho así ocurre— sobre el valor “tranquilidad pública”, determinando a veces situaciones de protesta u oposición del vecindario afectado, susceptibles de desembocar en alteraciones de una normal convivencia ciudadana. En esa medida el hecho o actividad imputada podrá encajarse —según los diferentes supuestos— o subsumirse en los supuestos previstos en los artículos 2.e), 2.i) y 2.n) de la Ley de Orden Público.

Asimismo también podría sostenerse que como la Constitución no pudo derogar las normas que no cumplían con unos requisitos formales que, antes de ser impuestos por la Ley Fundamental, ni el legislador ni la Administración venían obligados a observar; hay que entender en buena lógica jurídica la vigencia de tales normas anteriores, mientras otras de igual o superior rango no vengan a derogarlas. En consecuencia, la normativa sobre horarios (básicamente art. 8.º de la Orden de 23 de noviembre de 1977) es de data anterior a la entrada en vigor de la Constitución Española y el posterior Reglamento de Espectáculos no vino a contradecirla ni a derogarla, sino, más bien, a presuponerla y reenviarse provisionalmente a ella, nada por ello impediría reforzar el fundamento de las sanciones del citado Reglamento, con una invocación concurrente a los mandatos y a las sanciones previstas en el anterior Ordenamiento.

Es destacable además que el tema de los horarios en los establecimientos públicos, las infracciones y sanciones estaba regulado en los artículos 19, 52 y 59 del Reglamento de 1935 de una manera muy completa para su tiempo. Este régimen es actualizado por la Orden de 23 de noviembre de 1977 —al derogar el establecido por Orden de 11 de junio de 1975— en los artículos 1.2 y 3.

El Reglamento de 1982 dedica a los horarios la Sección 3.ª del Capítulo V del Título 2.º, artículos 68 a 70, determinando que el horario general de Espectáculos se establecerá por Orden del Ministerio del Interior consultados los organismos que cita y teniendo en cuenta las modalidades de los espectáculos y demás circunstancias que también señala.

La infracción o no cumplimiento del régimen de horarios establecido es calificado de falta administrativa tanto en el artículo 20 del Reglamento de 1935, como el artículo 8 de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1977.

En este sentido la norma contenida en el apartado 35 del artículo 81 del Reglamento de 1982, no innova nada pues se limita a calificar como falta administrativa “el retraso en el comienzo y terminación de los espectáculos o en el cierre de los establecimientos públicos, respecto de los horarios prevenidos”. El contenido del mandato es idéntico o en lo esencial coincidente con lo preceptuado en el artículo 20 del Reglamento de 3 de mayo de 1935 y lo dicho en el artículo 8 en relación con lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1977.

La sentencia dice que al ser distinto el cuadro de sanciones se ha producido *innovación* que debe entenderse contraria al artículo 25.1 de la Constitución Española.

El examen comparativo de los preceptos dichos (art. 82 del Reglamento de 1982, art. 8 de la Orden Ministerial de 1977 en relación con los arts. 19 y 20.1 de la Ley de Orden Público y art. 20 del Reglamento de 3 de mayo de 1935) no abonan tal conclusión, porque desde el principio el incumplimiento del régimen de horarios establecido llevaba aparejadas sanciones de multa (de 50 a 500 pts., según los casos) y de suspensión temporal de la actividad o cierre en caso de reincidencia, así como se contenían normas de no sanción en retrasos no superiores a media hora o por causa no imputable al expedientado.

Este sistema de multa, suspensión o clausura de la actividad es el también establecido en el artículo 8 de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1977 y más tarde forma parte del artículo 82, actualizándolo o mejorándolo técnicamente sin introducir elementos nuevos que permitan sostener la afirmación tajante de la sentencia, pues si bien distingue entre dos grandes cupos o actividades (uno, referido a locales, recintos, instalaciones o servicios, y otro, a organización o celebración, etc.) las sanciones son las mismas: multa, suspensión o clausura. La norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 20 del Reglamento de 1935 ya prescribía que si las actuaciones de multa no eran eficaces, la autoridad gubernativa podría reiterar la autorización en un plazo prudente o de una manera definitiva en caso de reincidencia. En el mismo sentido el artículo 8 de la Orden Ministerial de 1977 al prever sanciones de multa y posible cierre de acuerdo con la legislación vigente. El Reglamento de 1982 lo único que hace es ofrecer un cuadro más completo, analizando los diferentes supuestos que pueden presentarse pero sin alterar las líneas básicas del sistema embrionariamente contenido en el Reglamento de 1935, pues ciertamente puede asumirse la afirmación contenida en el voto particular dicho de que la infracción descrita en el apartado 35 del artículo 81 del Reglamento de 1982 es mera particularización al objeto de su propia regulación material de una infracción definida genéricamente en un precepto con rango de ley, limitándose a reproducir, en lo sustancial, el contenido de un precepto preconstitucional, el artículo 20 del citado Reglamento.

Asimismo las sanciones de multa que se contenían en el precepto últimamente citado y reproducidas en el artículo 8 de la Orden Ministerial de 1977 se remitían a lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley de Orden Público, existiendo una norma de graduación (art. 20.1) en razón de la gravedad y trascendencia del hecho realizado, antecedentes del infractor, capacidad económica y cargas familiares.

El artículo 82.3 señala los topes en que deben moverse las multas, estableciendo reglas para evitar la doble imposición de sanciones, y en el apartado 5.º perfecciona técnicamente las medidas de graduación, objetivándolas (importancia o categoría del local, incomodidad o peligro, capacidad económica del infractor, reiteración o reincidencia, etc.).

Como se ve, no es asumible la afirmación de encontrarnos frente a un nuevo cuadro de sanciones, sino ante el mismo (en sus líneas esenciales) técnicamente mejorado y actualizado, pues respecto a la sanción aplicada es válido lo dicho antes respecto de la infracción.

Lo expuesto permite sostener la viabilidad del Recurso de Revisión entablado frente a la sentencia impugnada de 14 de febrero de 1990 (Apelación 2495/89), la cual se declara rescindida, esto es, se deja sin efecto por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1806 y 1807 de la Ley Procesal Civil.

A pesar de responder el motivo 1.b) del artículo 102 de la Ley de Jurisdicción a una causa cuasicasacional, no procede aquí resolver el fondo de la cuestión planteada, al no existir en este caso (faltan el expediente administrativo y los autos de instancia) los antecedentes necesarios para una cabal resolución de la problemática planteada, por lo que procede remitir al Tribunal sentenciador certificación de esta sentencia y demás procedente para que, previo cumplimiento de los requisitos procesales establecidos, se dicte nueva sentencia en la

que necesariamente se tenga en cuenta la doctrina contenida en la presente sobre la legalidad, y así se declara, de las normas contenidas en los preceptos aplicables de los artículos 81 y 82 del Reglamento de 27 de agosto de 1982.» (Sentencia de 10 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5354.)

B) *Ejecutividad y presunción de inocencia. No puede ejecutarse la sanción hasta tanto no sea firme en vía administrativa o judicial.*

Vid. II. ACTO ADMINISTRATIVO. A) *Ejecutividad.* (Sentencia de 23 de junio de 1989, Sala de Revisión, Ar. 1577 de 1991.)

IX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Interesado. La nueva concepción del interés legítimo que impone la Constitución debe extenderse también a la vía administrativa.

«Respecto al alcance interpretativo actual, después de la Constitución, del apartado c) del artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958, la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y la doctrina más moderna han dejado sentado que: 1. Por interés, que el precepto citado califica de "legítimo, personal y directo" y que obviamente es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos. 2. Dicha situación, que, desde el punto de vista procedimental, supone una específica relación de la misma con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se ha extendido, después de la Constitución, por el juego conjunto de los artículos 162.1.b) de la misma, 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 23.a) y c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, a lo que, con más precisión, se titula "interés legítimo", concepto que es mucho más amplio que el de interés personal y directo que utilizan los dos últimos preceptos y que consiste en el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato. 3. Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso,

de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos), así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución que se dicte o llegue a dictarse. 4. Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional —en sentencias, entre otras, 60/1982, 11.10 (R. T. Const. 60), 62/1983, 11.7 (R. T. Const. 62) y 160/1985, 28.11 (R. T. Const. 160), y auto 199/1985, 27.2—. Aun declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superador y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona. Y 5. Es suficiente, por lo tanto, el interés legítimo, que no puede quedar limitado exclusivamente a las fases de amparo constitucional (art. 162.1.b de la Constitución) o del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial (arts. 28.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 6 de la Ley 62/1978), sino que es aplicable a la vía administrativa previa, que es presupuesto *sine qua non* de la jurisdiccional y, en su caso, de la constitucional, pues, de no aceptarse dicho criterio amplio y extensivo, la restrictiva interpretación de la legitimación en esa vía administrativa ante la que se recaba la inicial tutela general de las expectativas individuales haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que el artículo 24.1 de la Constitución ha configurado la defensa de las mismas tanto por medio de recurso de amparo constitucional como del recurso contencioso-administrativo en general.

De acuerdo con el criterio expuesto, y a la vista de las circunstancias fáctico-jurídicas del caso, tal como han quedado sistemáticamente reseñadas en el segundo antecedente de hecho y en el primer fundamento de derecho de esa misma resolución, la Sala entiende que procede desestimar la apelación y confirmar la sentencia impugnada, habida cuenta que, dada la doble calidad de accionista de las dos entidades "M. del B., S. A." y "A. de F., S. A." y del acreedor de la suspensión de pagos de esta última que ostenta don Manuel P. R., recurrente en vía de instancia, es evidente que el mismo goza de interés legítimo, en el sentido previsto en el artículo 23.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo (en conexión con el 28.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 162.1.b de la Constitución Española, tal como arriba se ha analizado), para personarse y tomar parte en los expedientes administrativos de "autorización" de los diversos contratos suscritos por las citadas sociedades mineras, porque, vistos los condicionantes concurrentes en ellos, la resolución que en aquéllos recaiga ha de afectar, forzosamente, de un modo positivo o negativo, es decir, beneficiándola o perjudicándola, a la esfera jurídica de sus expectativas económicas e, incluso, morales, y su interés no queda reducido, por tanto, a la pura y abstracta defensa de la legalidad.» (*Sentencia de 4 de febrero de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 1241.*)

X. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Justiprecio. Aplicación por la Jurisdicción del principio de «unicidad fiscal», en contra de los criterios utilizados por el Jurado Provincial de Expropiación.

«En la pieza separada de justiprecio del expediente de expropiación forzosa de una superficie de 3.116,45 m², parte de una finca propiedad de don Manuel G. S. sita en el "Barranco del Fondillo" —Tafira Baja— con motivo de la aprobación de las obras necesarias para la construcción de una Estación Depuradora de Aguas Residuales en Tafira y aceptada por la Administración expropiante —el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria— la propuesta del expropiado de ampliar la expropiación a unos trozos de terreno de difícil aprovechamiento, que incluidos en la expropiación hacen un total de 4.525,95 m², no alcanzado acuerdo entre las partes en cuanto al justiprecio del terreno a expropiar, elevadas las actuaciones al Jurado Provincial de Expropiación, por resolución de 16 de enero de 1986 acordó rechazar el procedimiento valorativo señalado en el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa por estimar que su aplicación proporcionaría un valor inferior al real y de conformidad con el artículo 43 de la misma Ley fija los 4.525,95 m² en terreno agrícola improductivo a 50 ptas. m² que con el 5 por 100 de afección hace la suma total de 237.612 ptas. teniendo en cuenta el valor real, el de venta y renta del bien expropiado en sí mismo considerado y en relación además a otros bienes de naturaleza análoga, clase y situación en la zona siendo de aplicación el artículo 56 de la citada Ley expropiatoria; interpuesto recurso de reposición por el expropiado fue desestimado por resolución de 7 de marzo del mismo año.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo la sentencia de instancia después de rechazar la alegada falta de motivación suficiente del Jurado por estimar se confunde la ausencia de motivación con brevedad y concisión de términos con cita del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo que habla de sucinta referencia a hechos y fundamentos de Derecho, entra en lo que constituye la cuestión principal sustantiva consistente en determinar si es o no conforme a Derecho la pretensión del expropiado de utilizar valores fiscales, concretamente el valor fijado por la Cartilla Evaluatoria de los terrenos del término municipal de Las Palmas aprobada para el bienio 1981/82 a efecto de la exacción del Impuesto Municipal sobre el incremento del valor de los Terrenos, estimando contrario al ordenamiento jurídico la pretensión de la Administración Municipal de abonar únicamente la cantidad de 50 ptas. m², mientras que en la Cartilla Evaluatoria de los terrenos a efectos de Plusvalía aparecen los mismos valorados en 576 ptas. m², dada la libertad estimatoria del artículo 43 LEF y la derogación de la normativa anterior a la Ley de 10 de mayo de 1972, puesto que si la Corporación municipal fijó unos valores para que sirviesen de base a la carga tributaria, justo es que sirvan al contribuyente para que no se le dé menos a cambio del predio expropiado cuyo valor comercial es necesariamente superior, fijando en consecuencia en atención al momento de ocupación de la finca —30 de diciembre de 1982— y de inicio de fijación del justiprecio —8 de marzo de 1983— a razón de 576 ptas. m², sin que pueda estimarse acertada la cantidad de 50 ptas. m² señalada por el Jurado; aceptación de valores fiscales basada en el principio de "unicidad fiscal" entroncado con argumentos de la personalidad jurídica única de la Administración, de los actos propios y del principio de coordinación en el actuar de la Administración Pública —art. 103 de la Constitución—, fijando en consecuencia el justiprecio en un total de 2.737.294 ptas., los 4.525,92 m² expropiados, incluido el 5 por 100 de afección.

El Abogado del Estado único apelante alega en apoyo de su pretensión revocatoria de la sentencia de instancia y mantenimiento de los acuerdos del Jurado, que este organismo siguió un método estimativo, ya que después de rechazar expresamente la aplicación del artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa —LEF— adoptó su acuerdo con expresa invocación del artículo 43 de la misma Ley; que el Jurado adopta el acuerdo teniendo en cuenta el valor real, el de venta y renta del bien expropiado en sí mismo considerado y en relación a otros bienes de análoga naturaleza, clase y situación de la zona y que los índices de plusvalía pueden ser un factor a tener en cuenta, pero no excluye la aplicación de otros factores y de aquí que deba prevalecer el acuerdo del Jurado dada la presunción de veracidad y acierto que tienen sus decisiones.

Tales argumentos no son convincentes porque la sentencia apelada incorpora a los datos que tuvo en cuenta el Jurado el dictamen del Arquitecto Superior que valora la parcela expropiada en atención a sus expectativas urbanísticas en 625 ptas. m², Arquitecto que intervino en la fase de prueba del proceso practicada con arreglo a las garantías que previenen los artículos 610 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, valoración que ha de ser examinada con arreglo a las reglas de la sana crítica conforme al artículo 632 de la misma Ley, lo que conduce a estimar prevalente la valoración del perito porque a la imparcialidad que supone el sistema procesal de designación se une la apreciación de expectativas urbanísticas y el valor que la corporación demandada tenía atribuido al terreno expropiado a los efectos de la exacción del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos, valor este último que si bien no encaja en el artículo 38 de la Ley expropiatoria por tratarse de un terreno no edificable, lo que hizo la sentencia apelada fue aplicar la solución avalada por reiterada jurisprudencia de esta Sala que tiene declarado que la expropiación de suelo sin finalidades urbanísticas permite aplicar el criterio abierto del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa y conjugar las circunstancias turísticas y las expectativas urbanísticas con los valores fiscales vigentes a la fecha de la expropiación, factores que no han sido tenidos en cuenta a los efectos de justiprecio por el Jurado que aunque goza de prevalencia en sus valoraciones como órgano técnico e independiente, no por ello dejan de ser revisables por la Jurisdicción sus apreciaciones sobre los elementos valorativos cuando se efectúa con arreglo al artículo 43 citado, puesto que la determinación del justiprecio está considerado como un concepto jurídico indeterminado y por tanto sujeto a revisión jurisdiccional.

El dictamen del perito Arquitecto sobre el valor de la parcela expropiada en cuanto se trata de una finca notoriamente revalorizada por sus expectativas urbanísticas viene avalado porque todo el sector tiene aprobados los tipos unitarios de valor para el arbitrio de plusvalía y así figura como caserío con el número de orden 664 de la relación incorporada a los autos el Fondillo con valor asignado de 576 ptas. m².» (*Sentencia de 30 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 3405.*)

XI. URBANISMO

A) *Planeamiento.*

1. *Competencia local y control por la Comunidad Autónoma. Interés local y supralocal. Alteración de calificación de una zona verde. Interés municipal.*

«Y destacando la alusión que acaba de hacerse a la conexión de los intereses locales y supralocales, es de señalar que una acomodación del artículo 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos:

A) *Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad* con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados —es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios reglados—:

a) *Si la determinación del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implican corresponde a la Administración municipal.*

b) *Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad.*

B) Aspectos discrecionales.

También aquí es necesaria aquella subdistinción:

a) *Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés autonómico.* Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto:

a') *Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia —sentencias de 1 y 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo y 11 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero y 17 de junio de 1989, 20 de marzo, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.—.

b') *No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad:* en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento.

b) *Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior:* además de lo ya dicho antes en el apartado a'), aquí y dado que "en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último" —sentencia ya citada del Tribunal Constitucional 170/1989— *resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria.*

Así lo declaró ya esta Sala en la sentencia de 13 de julio de 1990.

Será por tanto preciso examinar si la modificación litigiosa era fruto de un control de legalidad o una decisión de mera oportunidad.

Los datos a tener en cuenta en este sentido son los que seguidamente se indican:

A) El Plan General aquí discutido, revisión del anterior, modificaba la calificación de una zona verde del Plan parcial La Caritat, en la que se había construido un Centro Escolar, atribuyéndole el destino de equipamiento.

B) En consecuencia, los recurrentes en alzada solicitaron una compensa-

ción por la eliminación de aquella zona verde, lo que dio lugar a que el Conseller, estimando en parte el recurso, calificase como sistema local de espacios libres públicos, clave 6, la manzana a la que se refieren estos autos.

Así las cosas, en el terreno de la legalidad ha de indicarse que la *naturaleza normativa del planeamiento justifica la existencia del "ius variandi"* —sentencias de 21 de diciembre de 1987, 23 de diciembre y 7 de noviembre de 1988, 20 de marzo y 17 de junio de 1989, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.—, *sin que puedan invocarse los derechos de los propietarios como obstáculo para su actuación, independientemente de las indemnizaciones que puedan resultar procedentes.*

Y sobre esta base ha de señalarse que *la alteración del destino de zona verde que en su día tuvieron los terrenos que ahora el Plan litigioso afecta a equipamiento no estaba sometida a las reglas del artículo 50 del Texto Refundido, dado que se trata de una revisión y no de una modificación del planeamiento* —sentencias de 31 de enero de 1983, 25 de enero de 1985, 24 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 31 de enero de 1989, 30 de abril de 1990, etc.—, siendo de añadir en cuanto a la invocación del artículo 49.2 del citado Texto Refundido que su inaplicabilidad resulta ya de la propia decisión del Conseller aquí impugnada que viene a reconocer que la zona verde del Plan parcial suprimida en el Plan General litigioso aparece compensada cuantitativamente "con exceso" —ésta es traducción que el Ayuntamiento da a la expresión "amb excreix"— o "de sobras" —traducción ordenada por esta Sala para dar cumplimiento al artículo 231.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— por nuevos terrenos en sus proximidades destinados a espacios libres o equipamientos —folios 47 del expediente, 30 vuelto y 249 de los autos—.

Y aún será de añadir que *no sólo no se ha probado una vulneración de los estándares urbanísticos aplicables sino que la misma Comunidad demandada y apelada ha reconocido expresamente su cumplimiento* —folio 112 de los autos—.

Hay que concluir pues que *la decisión del Conseller dirigida a alterar la calificación de la manzana litigiosa no era consecuencia de un control de legalidad sino de oportunidad*: la dicción del fundamento de derecho quinto de su resolución indica expresamente que "se cree oportuno que la manzana... se califique como sistema local de espacios libres, clave 6".

Y así las cosas que *la manzana en cuestión se califique tal como se ha señalado el Conseller o de equipamiento, con probable destino a mercado, como pretende el Ayuntamiento, es claramente una cuestión de oportunidad y sin trascendencia para intereses supralocales de la competencia autonómica, lo que implica que no apreciándose irracionalidad alguna en este punto* —principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9.º.3 de la Constitución—, ha de prevalecer la decisión municipal y no la autonómica, *carente de competencia para la aplicación de criterios de oportunidad en un ámbito de discrecionalidad indiferente desde el punto de vista supralocal.*» (Sentencia de 30 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 614.)

2. Amplia doctrina sobre las facultades jurisdiccionales de reducción y control de la discrecionalidad en la función de planeamiento urbanístico y en concreto de calificación de las fincas.

«Impugnada en estos autos la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación de Tordera, en esta segunda instancia únicamente se discute la calificación correspondiente a una parte de la finca del en su día demandante y hoy apelado, parte la mencionada que en el planeamiento aparece calificada como suelo agrícola complementario —clave R2—, en tanto que la sentencia recurrida entiende debe ser calificada como de actividades especiales en suelo no urbanizable —clave X3—.

Es claro que tal calificación es en principio fruto de una decisión discrecional pero esta naturaleza no excluye en modo alguno la posibilidad de una revisión jurisdiccional.

En efecto, ha de recordarse que el "genio expansivo" del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el artículo 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:

A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el exígeno que respiran las normas. Tales principios —art. 1.º4 del Título Preliminar del Código Civil— informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos —la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, art. 103.1 de la Constitución—.

Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.º3 de la Constitución— que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resultan justificadas.

Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia —sentencias de 22 de septiembre de 1986 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 1989, 20 de marzo y 22 de diciembre de 1990, 11 de febrero y 11 de marzo de 1991, etc.—.

Aún será de añadir que el criterio jurisprudencial en materia de calificaciones urbanísticas es el de que aun procediendo su anulación en sede jurisdiccional, no siempre resulta viable que los Tribunales formulen una nueva calificación:

A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto.

B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas del planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así, sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución—.

Ya más concretamente será de advertir, como indica el dictamen del perito designado por insaculación en la primera instancia, que "ICSA ocupa un suelo que está destinado y afecto en su totalidad a instalaciones principales, accesorios y servicios complementarios de la actividad industrial que desarrolla dicha Sociedad".

Así las cosas, la finca litigiosa, de 11,415 m², ha recibido del Plan dos calificaciones distintas:

A) Una parte se califica como "actividades especiales en suelo no urbanizable" —clave X3—.

Tal calificación implica la "continuación" —art. 573 de las Normas Urbanísticas— de las actividades existentes —en este caso la de Matadero frigorífico— y ha de añadirse que ello no supone el régimen de fuera de ordenación —contestación a la demanda de la Generalitat—, pues caben obras de consolidación y aun ampliación "dentro de la misma propiedad con escritura anterior a la fecha de la aprobación definitiva del Plan General" —art. 576 de las Normas Urbanísticas—.

B) El resto de la finca se califica como suelo agrícola complementario —clave R2—.

Y sobre esta base, *las ampliaciones viables en la industria existente reclaman que a esta segunda parte de la finca se le señale la clave X3. No resulta admisible entender que cuando se obtenga la licencia el suelo afectado quedará incluido bajo dicha clave: la licencia no puede alterar el plan y es éste el que con carácter previo ha de establecer los requisitos para otorgar aquélla.*

En último término, ha de señalarse que ciertamente la clave X3 aparece en el planeamiento como un complemento dentro de una calificación —art. 157 de las Normas—. Pero en su escrito de alegaciones, la Generalitat admite que la finca litigiosa se "calificó" por el Plan litigioso "en parte, de actividades en suelo no urbanizable, clave X3, y en parte agrícola complementario, clave R2" —en la misma línea, Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero, contestación a la demanda, folio 55—.

La contraposición de ambos conceptos, precisamente al mismo nivel, hace necesario por razones de coherencia mantener el pronunciamiento de la sentencia apelada que ha de entenderse como una atribución a la totalidad de la finca de ese elemento complementario de la calificación que es la clave X3.» (Sentencia de 2 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3278.)

3. Control de la discrecionalidad. Hechos determinantes y arbitrariedad.

«Tienen su origen estos autos en la impugnación de la aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Gerona, concretándose la cuestión litigiosa al examen de la corrección de la calificación de la finca litigiosa como Verde privado.

Y dados los términos en que se ha desarrollado el debate procesal, será necesario, ante todo, señalar:

A) *La "clasificación" y la "calificación" de los terrenos están regidas por criterios distintos y así si la primera es una operación que aparece sujeta a una técnica de "numerus clausus", la segunda se inspira por el contrario en un sistema de "numerus apertus" sin tipificación legal de categorías: es la imaginación del planificador la que inventa los tipos tanto en su denominación como en su contenido —es el Plan el que configura el estatuto jurídico de cada parcela—, siempre, naturalmente, dentro de los límites de la racionalidad que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.º.3 de la Constitución— al que después se ha de aludir.*

B) Una reiterada jurisprudencia viene poniendo de relieve que *la potestad administrativa de planeamiento se extiende a la reforma de éste: la naturaleza normativa de los planes, en un sentido, y la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes de la realidad, en otro, justifican plenamente el "ius variandi" que en este ámbito se reconoce a la Administración —sentencias de 21 de diciembre de 1987, 23 de septiembre y 7 de noviembre de 1988, 20 de marzo y 17 de junio de 1989, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, 30 de enero de 1991, etc.—.*

La determinación del planeamiento que aquí se discute —zona verde privado— es fruto de una decisión discrecional, pero ello no excluye en modo alguno la posibilidad de un control jurisdiccional.

En efecto, el “genio expansivo” del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que *el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el artículo 106.1 de la Constitución, se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:*

A) En primer lugar, a través del *control de los hechos determinantes* que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los *principios generales del Derecho* que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios —art. 1.º.4 del Título Preliminar del Código civil— informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos —la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, art. 103.1 de la Constitución—.

Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello, *la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.º.3 de la Constitución— que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.*

Así lo viene declarando una frondosa jurisprudencia: sentencias de 22 de septiembre, 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 1989, 20 de marzo, 8 y 24 de octubre, 18 y 22 de diciembre de 1990, etc.

Ya más concretamente ha de plantearse el tema de la *relación existente entre la arbitrariedad prohibida por el artículo 9.º.3 de la Constitución y la desigualdad característica del planeamiento.*

Esta, 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, en un Estado de Derecho que proclama como uno de sus valores superiores la igualdad —art. 1.º.1 de la Constitución, aquí en relación con su art. 14—, ha de ser una desigualdad “justificada” y “compensada” —sentencias de 20 de marzo y 22 de diciembre de 1990—: “justificada” en el momento del planeamiento y “compensada” en el momento de la ejecución.*

En el supuesto que se examina se ha discutido la racionalidad de la conservación de la realidad existente en la finca litigiosa con una calificación a la que se achaca una clara desigualdad respecto de las calificaciones del entorno.

En este sentido, ha de advertirse que el fundamento de aquella conservación

no radica en el valor estético de la edificación y su jardín, punto éste perfectamente opinable: la valoración negativa del perito procesal es una opinión subjetiva frente a la que podrían esgrimirse otras a la vista de las fotografías números 3, 9 y 14 de las que acompañan al dictamen pericial.

Pero, se repite, no es ésta la razón de ser de la determinación urbanística que se discute: su base es la de que la finca en cuestión integra "uno de los últimos vestigios de la antigua ordenación del sector como zona residencial de calidad con edificaciones unifamiliares envueltas por grandes jardines y representativas de una época muy determinada, razón por la cual ha de tener un interés especial para el Municipio no dejar perder un recuerdo histórico de la evolución socioeconómica de la ciudad" —alegaciones de la Generalitat, folio 144 de los autos—. Y es de añadir que esta fundamentación no implica un pretexto buscado *ex post* a la vista del resultado del informe pericial pues se había producido ya con anterioridad, siquiera sea con menor detalle: lo habían indicado ya el Ayuntamiento en el curso del expediente administrativo —oficio fechado el 10 de noviembre de 1986—, la Generalitat en el ámbito del proceso —folios 54 y 55— y nuevamente el Ayuntamiento en su escrito de contestación a la demanda —antes por tanto de que se emitiera el dictamen pericial— que advertía que la finca discutida, "situada en una zona... cuya urbanización ha sido resultado de los clásicos procesos de crecimiento y evolución de las ciudades" configuraba "una forma mixta de zona residencial e industrial" —folio 60 de los autos—, dato éste que se comprueba en las fotografías aportadas.

Y así las cosas ha de destacarse que *la racionalidad del planeamiento no se circunscribe a la exigencia de una ordenación con criterios puramente funcionales con proyección de futuro, sino que alcanza también a la conservación de los elementos que reflejan la historia de la ciudad.*

Con ello la determinación discutida aparece revestida en su fundamentación de una racionalidad bastante para excluir la vulneración de las exigencias de los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad.» (*Sentencia de 11 de febrero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 784.*)

4. *Aprobación definitiva. Posibilidad de introducir modificaciones sin remitir el Plan al Municipio.*

«El ordenamiento jurídico integra una unidad en cuanto que dibuja "un" modelo de convivencia. Ciertamente en el ordenamiento conviven multitud de normas —éste es el contexto al que se refiere el art. 3.º.1 del Título Preliminar del Código Civil—, pero todas ellas han de cristalizar en "un" modelo de convivencia.

De aquí deriva la necesidad de una *interpretación sistemática que, en último término, puede dar lugar a una interpretación evolutiva*: ocurre que en ocasiones la modificación de una norma determina también la modificación de la interpretación de otras aun sin variar el texto de éstas.

Y ya con este punto de partida, ha de señalarse que *mientras el órgano competente para la aprobación definitiva examinaba el plan "en todos sus aspectos" —art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo— podría resultar necesaria la solución del artículo 132.3 del Reglamento de Planeamiento que admitía sólo una de estas tres posibilidades: o aprobación pura o denegación o suspensión de la aprobación para que el órgano que acordó la aprobación provisional subsanase los defectos.*

Pero hoy el artículo 41.2 del Texto Refundido ha sufrido las consecuencias del principio de autonomía municipal —art. 140 de la Constitución—, que ha determinado un nuevo entendimiento de aquél —sentencias de 14 de marzo y 18 de julio de 1988 y 13 de julio de 1990— en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución —art. 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—,

principio éste que naturalmente opera con una peculiar intensidad respecto de las normas preconstitucionales al recibir el apoyo de la disposición derogatoria tres de la Constitución.

Así las cosas, será de indicar que hoy la Comunidad Autónoma no puede examinar el plan "en todos sus aspectos": el ámbito de su conocimiento y decisión depende, por un lado, de que se trate de aspectos reglados o discrecionales y, por otro, de que las determinaciones afecten o no a intereses supralocales: la sentencia de 13 de julio de 1990 concreta estos límites.

Y sobre esta base, reducido en estos términos el examen autonómico, la solución del problema planteado puede ser distinta de la derivada de la pura literalidad del artículo 132.3 del Reglamento de Planeamiento, en el sentido de admitir la viabilidad de que la Comunidad Autónoma introduzca directamente modificaciones sin suspender la aprobación definitiva.

Ciertamente la conclusión apuntada tiene un cierto aspecto de paradoja: *la autonomía municipal provoca una reducción del ámbito del estudio a llevar a cabo por la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva y esta reducción conduce a la posibilidad de que la Comunidad pueda introducir directamente modificaciones en dicho momento sin suspender el trámite para remitir el plan al Municipio, lo que implica una mengua de aquella autonomía.* Esta observación impone una reflexión sobre el sentido propio de la autonomía municipal y en último término sobre la significación del planeamiento.

Importa recordar que la Constitución atribuye a los Municipios autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses". Esta es su finalidad u objeto y por tanto la base para una *definición positiva y también para una definición negativa de la autonomía*: a) *positivamente, la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales materias o asuntos* —sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio (R. T. Const. 32)—; b) *negativamente, es de indicar que la autonomía no se garantiza por la Constitución, como es obvio, para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad local* —sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero (R. T. Const. 4)—.

Y así las cosas, resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una *potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas* —sentencias de 20 de marzo, 10 y 30 de abril, 2, 9, 13 y 31 de julio, 2 de octubre, 22 y 24 de diciembre de 1990 (R. 2244, 3589, 3624, 6005, 6021, 6034, 6830, 7833, 10183 y 10191), etc.—. Su aprobación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del Municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica.

Partiendo de la base de que *"en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último"* —sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre (R. T. Const. 170)— *queda perfectamente justificado que, en el aspecto temporal, la decisión autonómica se produzca con posterioridad a la municipal y que, en el aspecto sustantivo, aquélla haya de contemplar el plan no sólo en sus aspectos reglados, sino también en los discrecionales que por su conexión con intereses supralocales hayan de ser valorados para asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores.*

Y en la medida en que la Comunidad Autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva atiende a intereses supralocales cuya gestión le ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico, está actuando una competencia propia, lo que la habilita para introducir directamente modificaciones en una norma, el Plan, que, sí, es ante todo una norma municipal pero que es la vez y también, siquiera sea en menor medida, una norma autonómica.

Este es el resultado final de la concepción de la potestad de planeamiento como una competencia de titularidad compartida, sin perjuicio de que después se aluda al tema de los límites.

Y ya en la línea que se sigue, no resultará ocioso subrayar que el artículo 103.1 de la Constitución eleva a la condición de *principio la exigencia de eficacia en la actuación administrativa, principio éste de aplicación a todas las Administraciones Públicas* y que también ha sido recogido en los artículos 6.º.1 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, y en el artículo 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo —economía, celeridad y eficacia—.

Y sobre esta base ha de tenerse en cuenta que los Planes urbanísticos contienen la ordenación del territorio que se estima más adecuada a las exigencias del interés público. La complejidad y dificultad de su elaboración dan a ésta una gran lentitud, pero a la vez subsiste una actividad de construcción, demolición, etc., cuyo desarrollo puede no ajustarse a lo que aparece en el planeamiento en curso de tramitación. Aunque la suspensión del otorgamiento de las licencias elimine peligros derivados de lo que acaba de indicarse —art. 27 del Texto Refundido— no resulta un remedio plenamente satisfactorio, al menos por sus limitaciones temporales. *De ahí que lo que el interés público demanda es la celeridad en la obtención de la aprobación definitiva.*

De ello deriva un nuevo apoyo para la solución ya apuntada.

En definitiva, *el carácter no sólo local, sino también autonómico del Plan General, unido a las exigencias de celeridad propias del principio de eficacia, conduce a la conclusión de que en la actuación de sus competencias la Comunidad Autónoma puede introducir directamente modificaciones en el Plan, siempre dentro de ciertos límites.*

Son éstos, ante todo, los fijados por la definición de las competencias autonómicas y además los siguientes —sentencias de 22 y 24 de diciembre de 1990—:

A) *Los derivados del principio de la participación ciudadana en la elaboración del planeamiento para dotar a éste de la necesaria legitimación democrática —sentencias de 4 de noviembre y 1 de diciembre de 1986, 18 de septiembre de 1987, 28 de octubre de 1988, 30 de enero y 24 de julio de 1989, 13 de marzo, 30 de abril y 30 de octubre de 1990, etc.— y que impone que toda modificación sustancial excluya la posibilidad de su introducción directa por la Comunidad, dada la necesidad de reiterar el trámite de información pública.*

B) *Los impuestos por el principio de la autonomía municipal: si la modificación establecida por la Comunidad Autónoma en el marco de sus competencias no es sustancial, pero tiene, en otros ámbitos del plan, repercusiones que permiten diferentes soluciones, la modificación exigirá la decisión al respecto del Municipio, lo que habrá de dar lugar a la suspensión del acuerdo de aprobación definitiva.*

El sistema trazado es de indudable complejidad y desde luego sería deseable que en un planeamiento más amplio que el municipal se recogieran ya las determinaciones derivadas de los intereses autonómicos, lo que simplificaría el trámite de aprobación definitiva: bastaría entonces con la virtualidad del principio de jerarquía normativa en su aplicación al planeamiento.

Pero ello no priva de virtualidad a la solución expuesta.» (Sentencia de 30 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 616.)

5. *Estudios de Detalle. Se recoge amplia doctrina sobre el alcance y los límites de los Estudios de Detalle y su total vinculación a las determinaciones del Plan.*

«La Ley del Suelo, artículo 14, concibe el Estudio de Detalle como un instrumento urbanístico apto para completar o adaptar las determinaciones establecidas

en los Planes Generales para el suelo urbano, aunque con finalidad muy limitada, hasta el punto de ser calificado por la sentencia de 10 de abril de 1984 como de "humilde pieza complementaria", toda vez que, en definitiva, su contenido debe circunscribirse a fijar alineaciones y rasantes y a ordenar volúmenes, de manera que su misión es la de simple adaptación y cumplimiento urbanístico pero sin alterar las determinaciones del Plan.

Sobre esta base, esta Sala viene declarando en sentencias, entre otras, de 9 de junio y 9 de julio de 1988 y 20 de febrero y 6 de junio de 1990 que dada la posición eventual, derivada y complementaria de los Estudios de Detalle, éstos no constituyen un medio apto para establecer determinaciones normativas originarias o de alcance innovativo respecto de las contenidas en el planeamiento de mayor rango, ni, por lo tanto, pueden asumir la función ordenadora propia de los instrumentos urbanísticos que desarrollan, debiéndose de limitar a la especificación, completándolas y adaptándolas, de las determinaciones que ya vengan establecidas previamente por el Plan General.

Un Estudio de Detalle no puede, por tanto, modificar las determinaciones fundamentales del Plan General, incluido la altura y número de plantas construibles —sentencia de 10 de noviembre de 1989—, la reducción de espacios destinados a viales —sentencia de 30 de junio de 1989—, la reducción del volumen y altura edificables —sentencia de 8 de marzo de 1988—, la modificación de los coeficientes de edificabilidad y distancias a linderos —sentencia de 6 de junio de 1990— ni alterar el aprovechamiento establecido en el Plan General —sentencias de 9 de junio de 1988 y 21 de marzo de 1990—.

Toda la anterior doctrina jurisprudencial ha sido valorada y tenida en cuenta por la sentencia apelada, en cuyos fundamentos de derecho sexto y séptimo expresamente se establece que el Estudio de Detalle litigioso no está acomodado al Planeamiento, puesto que existe un aumento de volumen de 496 m³ y además reduce los espacios de uso público, quedando disminuida casi en un 50 por 100 la anchura del vial que discurre junto a la parcela número 14, así como la anchura del paseo peatonal que discurre colindante a la parcela o edificio número 18 que en las Normas Subsidiarias tiene una anchura media de 6 metros y en el Estudio de Detalle un ancho de 2 metros. Ante la gravedad de estas irregularidades así como otras destacadas en la sentencia apelada, de acuerdo con el contenido de la prueba pericial practicada en las actuaciones, resultan intrascendentes, a la vista de la citada doctrina jurisprudencial, las alegaciones de los apelantes, tendentes a minimizar la importancia de dichas infracciones —aumento de volumen, de ocupación de suelo y del fondo edificable, reducción de espacios de uso público, disminución de altura, etc.—, así como también resultan innecesarias las encaminadas a encontrar antinomias entre la normativa general contenida en las Normas Subsidiarias del Planeamiento y la específica de la zona número 10 —aplicable al Estudio de Detalle litigioso—, pues la supuesta contradicción habría de resolverse, como señala la sentencia apelada, dando preferencia a la normativa especial, siempre que, como aquí ocurre, concurra su específico supuesto de hecho —sentencia de 14 de noviembre de 1990—.» (Sentencia de 5 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3290.)

B) Zonas verdes. Se resalta el rigor con que hay que delimitar todo supuesto de modificación de zonas verdes, incluso en los supuestos de simple permuta, pues lo relevante no es sólo la extensión sino la situación.

«Tienen su origen estos autos en la impugnación del acuerdo del Conseller de Política Territorial i Obres Publiques de la Generalitat de Catalunya de 8 de marzo de 1985 por el que se aprobaba definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Mataró en el Sector de remodelatge Sud-est (Cal Collut).

Y sobre esta base será de advertir ante todo que el mencionado acuerdo es perfectamente impugnabile con independencia de que haya podido no entrar todavía en vigor en razón del incumplimiento de las prescripciones en él contenidas.

Ya con este punto de partida, a la vista de las alegaciones de la parte apelante, con carácter previo será de indicar:

A) El debate producido acerca de si se observó o no el trámite del artículo 125 del Reglamento de Planeamiento podría dar lugar a una diligencia para mejor proveer, pero resulta innecesaria dada la decisión que se va a pronunciar, ello con independencia de las dificultades para la aplicación de dicho trámite a la mera "modificación" puntual del Plan General —la exposición pública prevista en aquel precepto está pensada para los criterios, objetivos y soluciones "generales" del planeamiento—.

B) No se aprecia una vulneración del principio de jerarquía normativa por el hecho de que se hubiera aprobado en 1983 un anteproyecto de Plan Especial de Reforma Interior del Sector Sud-est —Cal Collut—, dado que *resulta perfectamente viable que la modificación del Plan General y el Plan Especial se tramiten simultáneamente ya que con ello se atiende a la celeridad* —art. 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo— *que demanda el principio de eficacia recogido en el artículo 103.1 de la Constitución* —así, sentencia de 8 de abril de 1989—.

Ya en otro sentido, se plantea la cuestión relativa a la aplicabilidad de las reglas específicas del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, dado que la modificación litigiosa afecta a una zona verde.

En éste sentido será de recordar que la trascendental importancia de las zonas verdes para un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, junto a los conocidos peligros que sobre ellas se ciernen, han dado lugar a que las modificaciones del planeamiento que lleguen a afectarlas estén sometidas a un régimen jurídico de especial rigor para su mejor protección, hasta el punto de que tales modificaciones se llevan a las más altas cumbres de la Administración tanto activa como consultiva. Estas garantías adicionales arbitradas con aquella finalidad por la Ley de 2 de diciembre de 1963 fueron recogidas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, precepto éste vigente con las modificaciones que derivan del nuevo reparto territorial del poder que representa el sistema autonómico.

La jurisprudencia, en una línea protectora de las zonas verdes ha sido especialmente rigurosa a este respecto, poniendo de relieve —sentencias de 9 de julio de 1980 y 17 de marzo de 1981— *que el régimen jurídico mencionado implica una "prohibición terminante" de llevar a cabo la modificación del planeamiento que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres sin ajustarse a las reglas de competencia y procedimiento establecidas en el artículo 50 del Texto Refundido, prohibición ésta que opera con "independencia de su alcance cuantitativo" y que se extiende incluso a los supuestos de simple permuta de superficie* —sentencia de 17 de julio de 1987—.

En el supuesto litigioso, el perito procesal nombrado precisamente por insaculación —folio 90— y respecto de cuyo dictamen no solicitaron aclaraciones ninguna de las partes, incluidas las apeladas, presentes en la diligencia —folio 115—, dictaminó que el sistema general de zona verde incluido en el sector de remodelación, cuya superficie era de 997 m² según el texto del Plan General, pasaba a tener con la modificación litigiosa 165 m², pues el resto se destinaba a sistema general viario y a suelo edificable residencial privado —folios 108 y 109—.

Es claro, así, que dicha modificación implicaba una diferente zonificación o uso urbanístico de una zona verde prevista por el Plan General, sin que pueda alegarse una compensación con la creación de otras, ya que las reglas de compe-

tencia y procedimiento del artículo 50 del Texto Refundido, adaptado al nuevo reparto territorial del poder que implica el sistema autonómico, son de inexcusable observancia "en todo caso" de diferente zonificación o uso urbanístico de zonas verdes —sentencia de 7 de junio de 1989— e incluso, como ya se ha dicho, en los supuestos de simple "permuta" —sentencia de 17 de julio de 1987—.

Y es que en el ámbito de las zonas verdes, en razón de la función que éstas cumplen, no sólo tiene relevancia la extensión sino también la situación.» (Sentencia de 12 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3298.)

C) *Licencias. Control de la titularidad dominical. Si bien no procede, por regla general, controlar a través de la licencia urbanística la titularidad dominical, la regla tiene una excepción en los supuestos de dominio público.*

«Como ya se ha indicado anteriormente, la licencia de que se trata fue denegada por entenderse que la valla objeto de la misma se iba a instalar en una vía pública. Por su parte, la recurrente sostiene que es de su propiedad el terreno en el que se trata de instalar la valla. Con relación a estas posiciones encontradas de las partes hay que señalar que reiteradamente viene declarando esta Sala que a través de la licencia urbanística la Administración actúa un control de legalidad, pero no de la legalidad en general sino de la legalidad urbanística. De aquí deriva que no corresponde a la Administración controlar a través de la licencia la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir. Pero esta doctrina tiene como excepción los supuestos de dominio público, en los que la jurisprudencia admite la procedencia de la denegación de las licencias en los casos en los que, si bien con la mera eficacia prejudicial establecida en el artículo 4 de la Ley de esta Jurisdicción, resulta probada la titularidad pública del terreno, o existen dudas razonables sobre la titularidad privada de aquél —Sentencias, entre otras, de 2 de mayo y 25 de julio de 1989—.» (Sentencia de 3 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 5732.)

D) *Acción popular y visado urbanístico. Se entiende que el hecho de haber otorgado el visado no impide al Colegio Profesional el ulterior ejercicio de la acción popular.*

«En ningún caso puede admitirse que el visado concedido, es incompatible con el ejercicio posterior de la acción pública en materia de disciplina urbanística, pues ello conllevaría la imposición de limitaciones a tal ejercicio derivadas del otorgamiento del visado, el cual ha podido ser puesto, de forma correcta, o debido a un error de la normativa aplicable o un conocimiento equivocado de la realidad. Esta posibilidad sería incluso aplicable a aquellos visados concedidos de forma equivocada en alguno de los supuestos previstos en el artículo 228 de la Ley del Suelo. Procede por ello desestimar la causa de inadmisibilidad alegada, entrando a conocer del fondo del asunto planteado.» (Sentencia de 23 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 597.)

XII. VIVIENDA

Cédula de habitabilidad definitiva. No constituye un verdadero acto administrativo, por ser mero reconocimiento de una situación de hecho que puede modificarse ulteriormente sin necesidad de acudir al proceso de lesividad.

«Mas al pensar de esta manera, trata de confundir a la Sala, lo que es imposible, puesto que mal puede desconocer el sentir de su propia jurisprudencia, constantemente reiterada, en cuanto a admitir la posibilidad de que tal Cédula obedezca a una inspección deficiente o equivocada, o simplemente, a que con posterioridad a la misma puedan aparecer vicios constructivos no apreciados en la fase de su expedición: SS. 18 de marzo, 24 de mayo, 17 de junio, 25 de noviembre de 1969, 29 de octubre de 1970, 5 de marzo de 1974, 14 de julio de 1986, 4 de diciembre de 1990.

Quiere ello decir que la tan repetida Cédula no constituye el verdadero acto administrativo, con los caracteres que le adornan, y tan resaltados por la doctrina y por la jurisprudencia: definidores de derechos y obligaciones, definitivos en vía administrativa, ejecutivos, presuntivamente veraces y legales, etc., puesto que se limitan a un reconocimiento en principio de la conformidad de la obra con el proyecto aprobado por la Administración, dejando siempre a salvo las contingencias que puedan sobrevenirle, como hemos apuntado antes, por lo que se puede reaccionar válidamente frente a ella, sin necesidad de recurrir al medio extremo de la lesividad.» (Sentencia de 4 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 501.)

XIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) Competencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Contenido y alcance del artículo 57 de la Ley 38/1988 en relación con el artículo 74 de la LOPJ.

«Entiende la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional que la impugnación de una Resolución del Ministro que confirma en alzada Resolución de la Dirección General de Política Alimentaria que impone sanción administrativa consistente en multa corresponde a la Sala de la misma Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid argumentando para ello que al tener vigencia la Ley 38/88 ya no resulta de aplicación la Disposición Transitoria 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dispuso que mientras que no se aprobara la Ley de Planta los Organos Jurisdiccionales existentes continuarían con la organización y competencias que tenían a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica, por lo que, al resultar ya aplicable el artículo 66 de esta Ley, la Sala de la Audiencia Nacional carece de competencia para entender del supuesto de autos, dado que el mencionado artículo 66 dispone que esta Sala sólo puede conocer en única instancia recursos contra disposiciones y actos de Ministros y de Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía administrativa de recurso o en procedimiento de fiscalización o de tutela los actos dictados por Organos o entidades distintos, cualquiera que sea su ámbito territorial, que es el caso de autos; y termina su argumentación para referir la competencia a la Sala del Tribunal Superior de Justicia entendiendo que el artículo 74.1.a) de la Ley

Orgánica del Poder Judicial es directamente aplicable, al igual que lo es el artículo 66, por lo que es a esta Sala del Tribunal Superior de Justicia a quien corresponde entender del caso, ya que el mencionado artículo 74 atribuye a la misma el conocimiento, también en única instancia, contra actos y disposiciones de los Organos de la Administración del Estado que no estén atribuidos o se atribuyen por Ley a otros Organos de este Orden Jurisdiccional, por lo que el supuesto de autos cae bajo las previsiones de este artículo 74, determinando así su competencia para entender del mismo.

La Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el contrario, entiende que carece de competencia para entender del caso, argumentando, en síntesis, que el artículo 57 de la Ley 38/88 establece que las Salas de esta Jurisdicción de los Tribunales de Justicia dispone que éstas tendrán las competencias de las Salas de las Audiencias Territoriales hasta tanto no se pongan en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso, los que esta Ley 38/88 no crea de manera inmediata, por lo que sólo tienen competencia para conocer de los recursos que les atribuya la Ley de esta Jurisdicción, pero nunca de los recursos que le vengan atribuidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, como quiera que casos como el presente han sido siempre del conocimiento de la Audiencia Nacional en aplicación de los artículos 10.c) y 14 de la Ley de esta Jurisdicción, es la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Nacional a quien corresponde entender del supuesto de autos.

En definitiva, la discrepancia se suscita en torno al contenido y alcance del artículo 57 de la Ley 38/88, que reclama una interpretación sistemática e integradora con toda la normativa, por lo que se rechaza toda interpretación literal y aislada del mismo. Y desde esta perspectiva, el artículo 57 citado no tiene otro designio que el de llenar un vacío en la atribución de competencias que hace la Ley Orgánica nacido de la no implantación inmediata de los Juzgados de lo Contencioso; sin dicho precepto, que sólo va dirigido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, quedaría un amplio campo de la impugnación sin posibilidad de revisión judicial, por lo que se impone entender que con el mencionado artículo 57 se atribuye, provisionalmente hasta tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso, a las Salas de los Tribunales Superiores aquellas materias de las que han de entender los Juzgados de lo Contencioso, pero nada más, sin que al amparo del mencionado artículo 57 se pueda sostener que las competencias que quedan atribuidas a las Salas de los Tribunales Superiores no son otras que las de la Ley de esta Jurisdicción y nunca las de la Ley Orgánica. En conclusión, hay que entender que con la publicación de la Ley 38/88 son de inmediata aplicación los preceptos de la Ley Orgánica que regulan las competencias tanto de la Sala de la Audiencia Nacional como la de los Tribunales Superiores de Justicia; así se deduce de la aplicación de los artículos 2.º, 33 y 53 de la Ley 38/88, de manera que las Salas de esta Jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia han asumido las competencias atribuidas por el artículo 74 de la Ley Orgánica y, además, hasta tanto no funcionen los Juzgados de lo Contencioso, las que a éstos puedan corresponder; de sostener, como hace la Sala de Madrid, que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no tienen otras competencias que las reguladas por la Ley de esta Jurisdicción y nunca de las derivadas de la Ley Orgánica, quedaría sin aplicación la Disposición Transitoria 34 de ésta, y no hay nuevo precepto en la Ley 38/88 que así lo disponga, prolongando la vigencia de dicha Disposición Transitoria con la correlativa consecuencia de la no derogación del Real Decreto 1/77, de 4 de enero, y de la no aplicación directa del artículo 66 y 74 de la Ley Orgánica, como si dichos preceptos continuaran congelados en su aplicación como lo fueron por la Disposición Transitoria 34 de la Ley Orgánica mientras mantuvo su aplicación. En conclusión, la obligada directa aplicación del artículo 66 de la Ley Orgánica desposee a la Sala de la Audiencia Nacional de competencia para entender de este caso, como de su inciso final se deduce, sin

que quepa entender que conserva competencias atribuidas por el Real Decreto de su creación; paralelamente, es de aplicación directa el artículo 74 de la Ley Orgánica, el cual determina la competencia de la Sala del Tribunal de Justicia porque no existe precepto que atribuya este caso a otro Organismo Judicial, debiendo entenderse que el artículo 57 de la Ley 38/88 modifica, sino que complementa la atribución de competencias propias de estos Tribunales, y modificada la Ley de esta Jurisdicción en lo necesario —art. 53 Ley 38/88— para la directa aplicación de dicho artículo 74.

No existe duda de que cumplidas las previsiones de la Disposición Transitoria 34 de la Ley Orgánica mediante la entrada en vigor de la Ley 38/88 queda alzado el obstáculo que dicha Transitoria alzaba para la directa aplicación del sistema de competencias regulado en la Ley Orgánica, así como que alcanza plenitud la Derogación del Real Decreto 1/77 que quedó demorada hasta la publicación y vigor de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, por lo que no es posible su aplicación y mucho menos sostener que a su amparo las Salas de la Audiencia Nacional conservan residualmente competencias nacidas del Real Decreto de su creación, dado que en la Ley 38/88 no existe para estas Salas un precepto —cual el art. 57— dirigido a ellas y que interpretado en la forma y con la extensión con que lo hace la Sala del Tribunal Superior de Madrid permita concluir, si bien con error, que también subsisten para la Sala de la Nacional un resto de sus antiguas competencias; esta conclusión sólo cabe predicarla para las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia al amparo del mentado artículo 57 y con el contenido, extensión y límites que le hemos otorgado, por lo que de la aplicación de este precepto sólo cabe extraer consecuencias, pero únicamente para las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que debe decidirse que en este caso la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como para caso idéntico ha resuelto Sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1991, a quien se devolverán las actuaciones para que las siga hasta su total tramitación.» (*Sentencia de 7 de mayo de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 1801.*)

B) Admisibilidad del recurso.

1. *En sentencia de revisión, se establece doctrina acerca de la improcedencia de inadmitir el recurso por falta de litisconsorcio pasivo necesario, más aún cuando la Sala de Instancia había requerido a la Administración para que emplazara a los interesados.*

«El motivo único aducido como soporte de la pretensión de Revisión se apoya en el supuesto previsto en el apartado 1.b) del artículo 102 de la Ley de Jurisdicción, en relación con el derecho a la plena garantía jurisdiccional que a todos otorga el artículo 24 de la Constitución Española, al alegar la contradicción entre la sentencia impugnada (la dictada por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 24 de junio de 1986, que en el Recurso 35/84 y en impugnación del Decreto de la Alcaldía de Madrid de 2 de septiembre de 1983 en el que disponía el nombramiento provisional de don Gonzalo M. P. como Jefe del Departamento de Limpiezas Urbanas y Decreto de la propia Alcaldía de 22 de febrero de 1984 desestimatorio de la Reposición, acoge la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, aducida por el Ayuntamiento —al no haberse traído a juicio a la persona afectada—, absolviendo en la instancia a la Administración municipal demandada, sin entrar en el fondo y sin declaración sobre costas), y las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Madrid de 24 de febrero de 1984 y 23 de octubre de 1986, respectivamente.

La pretensión de Revisión se ampara en la causa dicha (1.b del art. 102 de la Ley de Jurisdicción) por entender que la sentencia recurrida contradice el contenido doctrinal sustentado por sentencias anteriores de la propia Sala de la Audiencia Territorial de Madrid y del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984 y 23 de octubre de 1986.

Es ésta una sentencia que declara la inadmisibilidad del recurso por no haberse dirigido la demanda contra un particular (en este caso funcionario), apreciando excepción de litisconsorcio pasivo necesario, con olvido de que el recurso contencioso-administrativo es un proceso contra un acto o disposición administrativa, en el que se demanda a la Administración autora del mismo y sin perjuicio de que los titulares de derechos e intereses puedan o deban comparecer como codemandados o coadyuvantes para defender el acto o disposición impugnados si les conviniere.

Y aunque sin desconocer las dificultades que *ab initio* ofrece el cauce de la causa de Revisión invocada (los requisitos de identidad objetiva pudieran aparecer como dudosos, siguiendo el criterio rígido de la interpretación tradicional), no puede olvidarse que el motivo dicho es de carácter cuasicasacional como ha resaltado incluso la Jurisprudencia de la Sala (sentencias de 17 de junio de 1987, 4 y 17 de octubre de 1989, etc.) y en tal supuesto resultan de obligada aplicación las normas contenidas en el artículo 24 de la Constitución Española (prohibición de indefensión, derecho a un proceso público con todas las garantías, etc.); unido todo ello a que el artículo 5.º.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que en todos los casos en que, según Ley, proceda el Recurso de Casación será suficiente para fundamentarlo la alegación de infracción de precepto constitucional. Indudablemente, el Recurso de Revisión previsto en la Ley de la Jurisdicción no es propiamente un Recurso de Casación en sentido estricto, pero no es menos cierto que entre las causas que amparan el Recurso previsto en el artículo 102 de la Ley de Jurisdicción, la doctrina desde siempre (la Jurisprudencia también lo ha resaltado en varias ocasiones) ha conceptualizado de causas casacionales las previstas en los apartados *a*), *b*) y *g*) del número 1 del artículo citado de la Ley de la Jurisdicción, lo que aparece reforzado por la especial protección que demandan los derechos fundamentales en nuestro sistema (art. 53.3 en relación con el art. 24 de la Constitución Española y arts. 5.º y 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Así las cosas, en el presente caso el Recurso Contencioso-Administrativo número 35/84 fue promovido por la representación actora contra el Decreto de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Madrid de 2 de septiembre de 1983 (sobrenombramiento provisional del señor M. P. para el puesto de Jefe del Departamento de Limpieza Urbana, correspondiente al esquema orgánico aprobado por el Acuerdo Plenario de 22 de julio de 1983). Y en lo que fuera necesario contra dicho último Acuerdo y contra la posible ratificación o nombramiento definitivo del señor nombrado. Asimismo, contra la desestimación presunta del escrito de Reposición de 14 de noviembre de 1983.

En el suplico de la demanda contenido en el escrito de 17 de abril de 1984 delimita el ámbito de la pretensión en el sentido de pedir la estimación del Recurso con revocación de los Acuerdos impugnados por su nulidad manifiesta o de pleno derecho, reconociendo al actor el derecho a seguir desempeñando en propiedad su plaza de Ingeniero Director del Departamento de Limpiezas mediante el previo concurso de Ingenieros Industriales del Ayuntamiento a cuya plantilla ya pertenecía previamente.

Con carácter subsidiario procede declarar que el demandante tiene derecho a ostentar sin previa prueba ni requisito adicional alguno la Dirección de cualquier Departamento de su especialidad que no suponga otra cosa que la supresión o alteración de la denominación actual, sin que para nada afecte a su derecho la simple variación o adición intrascendente de uno u otro adjetivo a la denominación del Departamento (o de su titular) del que es Director por concurso.

Como se ve de todo lo expuesto, el Recurso Contencioso-Administrativo está bien planteado en cuanto es un proceso entablado contra un acto administrativo o una disposición y la parte demandada es la Administración autora del acto, etc. Ello no obsta para que los titulares de derechos e intereses afectados puedan comparecer como codemandados o coadyuvantes para defender —si les conviene— el acto impugnado.

Por ello lo que aparece como indudable es que la relación jurídico-procesal se constituye, como regla, entre el demandante y la Administración. El actor cumple con dirigir la demanda contra la Administración que ha dictado el acto recurrido. Los afectados pueden o no comparecer. El estar presentes es un derecho que tienen, pero si no lo hacen no es incluso necesaria su declaración de rebeldía. Por las particularidades del contencioso-administrativo sería muy difícil —en muchos casos— que el actor tuviera que identificar y dirigir la demanda contra todos y cada uno de los posibles afectados. Por ello mismo no es trasladable sin más las prescripciones del artículo 531 y preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por ende no es encuadrable entre las excepciones que la Ley prevé, la de litisconsorcio pasivo necesario que la sentencia aplica, absolviendo a la Administración sin entrar en el fondo del asunto; declarando en realidad la inadmisibilidad aunque se aparta en su formulación de lo prescrito en los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción.

Por todo ello podemos decir que si bien la Ley puede, y debe a veces, establecer trámites de admisión en armonía con la naturaleza jurídica del Recurso de que se trate, debe tenerse en cuenta que los requisitos a establecer, en todo caso, no pueden llegar a desnaturalizar la figura jurídica del Recurso, de conformidad con los principios que informan el sistema. Menos aún puede el Juez por vía de aplicación denegar el acceso al Recurso (o el estudio sobre el fondo) en atención a una causa no legal o en aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas legales de inadmisión. A tal efecto la Jurisprudencia constitucional ha declarado que la figura de la "inadmisión" ha de ser entendida de conformidad con su finalidad y sin por ello poder convertir el presupuesto procesal en obstáculo insalvable o insuperable, rechazando que pueda convertirse en fuente de incertidumbre e imprecisibilidad para la suerte de las pretensiones deducidas —sentencias de 23 de abril de 1987 (R. T. Const. 49) y 19 de enero de 1989 (R. T. Const. 7), etc.—.

Todo ello explica la incorrección jurídica de la solución dada y que no sólo contradice la doctrina de la sentencia citada de contrario como punto de referencia (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984 y de la propia Sala de 23 de octubre de 1986, etc.), sino que supondría introducir en el Recurso Contencioso-Administrativo una causa de inadmisibilidad no prevista legalmente y que en este supuesto representa para el demandante una auténtica indefensión en cuanto se deja de estudiar y dar respuesta a la pretensión ejercitada con violación del derecho a la plena garantía jurisdiccional que a todos otorga el artículo 24 de la Constitución Española.

Cosa distinta es que aquí, perfectamente identificado el funcionario que desempeñaba la plaza atribuida provisionalmente por los Acuerdos combatidos, debió ser emplazado personalmente por resultar insuficiente el efectuado mediante la publicación del anuncio en el Boletín Oficial (art. 64 en relación con el art. 29.1.b de la Ley de la Jurisdicción). Y ello a pesar de que la Sala de instancia en la Providencia de admisión del Recurso a trámite de 27 de enero de 1984 ordena "requerir a la Administración demandada para que proceda a emplazar ante esta Sala, por 20 días, personalmente o en las formas previstas en el artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a quienes sean titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y aparezcan identificados en el expediente"; mandato que no aparece cumplido (así puede afirmarse después de examinar los autos de primera instancia) por el Ayuntamiento. Por eso la Sala debió exigir el cumplimiento de lo ordenado, en vez de desentenderse de su

propio proveído y menos aceptar la excepción que dedujo, como causa de inadmisión, cuando lo procedente era, para evitar una resolución judicial que pudiera ocasionar una posible indefensión al funcionario afectado por la pretendida nulidad del Acuerdo de nombramiento impugnado, seguir la línea de la doctrina jurisprudencial (siguiendo la del Tribunal Constitucional) reiterada en fallos declaratorios de nulidad de actuaciones, incluso después de haberse dictado sentencia (al amparo del art. 24.1 de la Constitución Española y art. 7.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y de las que son muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1986, 2 de junio y 23 de septiembre de 1987, 25 de febrero de 1991 y del Tribunal Constitucional de 2 de mayo y 27 de julio de 1984 (R. T. Const. 52 y 86), 20 de diciembre de 1985 (R. T. Const. 182), 14 de diciembre de 1986 (R. T. Const. 24), etc.; para que las personas perfectamente identificadas y sin duda afectas por la pretensión ejercitadas sean llamadas a comparecer previo emplazamiento individual en forma legal para impedir la indefensión, al no poder justificarse una resolución jurisdiccional *inaudita parte*, más que en los casos de incomparecencia expresa o tácita o por negligencia imputable a la propia parte —sentencias del Tribunal Constitucional 11/87 (R. T. Const. 11), 66/88 (R. T. Const. 66) y de 4 de junio de 1990 (R. T. Const. 102), y Auto de esta Sala de 19 de octubre de 1990 y Sentencia de 25 de febrero de 1991, etc.—.

Procede en consecuencia declarar la viabilidad del Recurso, al amparo de la causa alegada (1.b) en relación con lo preceptuado en los artículos 24 y 53 de la Constitución Española, unido a que la norma contenida en el artículo 238.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, refuerza tal conclusión; y ser procedente, por ello, la estimación del Recurso con rescisión de la sentencia impugnada, ordenando la retroacción del trámite procedimental de la instancia, con nulidad de actuaciones al momento de contestación a la demanda, para que previo emplazamiento en forma de los titulares de derechos e intereses legítimos afectados y en particular el señor M. P. (en realidad exigir o llevar a la práctica lo acordado y no cumplido por la Providencia de la Sala de instancia de 27 de enero de 1984) puedan comparecer y formular escritos de contestación a la demanda, instar el recibimiento a prueba, etc., dando posteriormente a los autos el curso legal y en su momento dictar nueva sentencia conforme a Derecho y en la que se tendrán en cuenta las consideraciones generales que en esta Revisión se contienen.» (Sentencia de 20 de mayo de 1991, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 3762.)

2. Criterio general de interpretación favorable al ejercicio de la acción procesal. La publicación posterior de un acto notificado reabre el plazo de impugnación.

«Esta Sala comparte el criterio del Tribunal de instancia que acaba de ser indicado. Necesario es tener presente que es conocida doctrina constitucional que el órgano judicial debe interpretar las normas procesales en el sentido más favorable al ejercicio de la acción, pues el derecho a la tutela judicial obliga a elegir la interpretación de la Ley que sea más conforme con el principio "pro actione" y con la efectividad del derecho a la defensa y a un juicio contradictorio. En el caso presente si bien le fue notificada al Ayuntamiento la resolución cuestionada, posteriormente, como ya ha quedado indicado, se produjo la publicación de dicha resolución, y la duda de si con esta publicación se abría un nuevo plazo, hay que resolverla, al igual que la Sentencia apelada, en sentido afirmativo en aplicación de la antes indicada doctrina, máxime cuando dicha publicación era necesaria para la ejecutividad de la resolución en cuestión. Por otro lado, hay que resaltar que en la referida publicación se omitió la obligada mención de los

recursos procedentes, por lo que, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre las notificaciones defectuosas, el segundo de los recursos planteados por el Ayuntamiento lo fue en tiempo hábil.» (Sentencia de 22 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 576.)

C) Ejecución de sentencias.

1. *Fijación en vía incidental de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la inejecución de la sentencia, con plena garantía del trámite contradictorio y audiencia de todas las partes.*

«Antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida es procedente desestimar la alegación de inadmisibilidad del recurso de apelación que formulan los apelados con base en que el Ayuntamiento no se había personado en el incidente de ejecución antes de dictarse el auto que ahora se apela y que la notificación de esta resolución judicial no tenía otro objeto que el de obligar al Ayuntamiento al cumplimiento del auto y al pago de la indemnización acordada. Esta alegación no se puede admitir. *El Ayuntamiento, como cualquier persona, puede comparecer en un proceso que le afecta, en cualquier momento del mismo y el Ayuntamiento lo ha hecho cuando ha tenido conocimiento oficial y fehaciente del auto acordado; y en cuanto parte directamente afectada por el mismo lo ha recurrido en tiempo y forma. Admitir la inadmisibilidad sería vulnerar patentemente el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.*

Igualmente deben ser desestimadas las alegaciones que esgrime el Ayuntamiento en cuanto al fondo del asunto. Así es inexplicable —repudiable— que se diga que el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 1982 ya había sido hecho efectivo en los acuerdos de 10 de mayo y 1 de julio de 1977, cuando precisamente lo que ordena aquella sentencia es que se fije la delimitación de la unidad reparcelable que corresponda y se prosiga el expediente de reparcelación. El hecho de que este Tribunal haya declarado ajustado a Derecho el Plan Especial de Reforma Interior de Torrente de 1985, tampoco significa cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, sino, como se ha alegado desde el expediente administrativo, una gran dificultad para el exacto cumplimiento de la misma. El hecho del que hay que partir es el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Torrente en cuanto dispone el artículo 105 y 110 de la Ley de la Jurisdicción y 118 de la Constitución, hasta el punto de que tal conducta no sólo da lugar a que el Tribunal sentenciador adopte, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas sean adecuadas para promover o activar o ejecutar la sentencia, sino también a promover la responsabilidad civil, y aun la penal en su caso, de la Administración que infringe los preceptos citados. De ahí la corrección de lo acordado por la Sala de instancia en los tres primeros Fundamentos de Derecho del auto de 25 de julio de 1989 acordando la obligación de indemnizar por parte del Ayuntamiento a los recurrentes en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios que tal inejecución de la sentencia de este Tribunal les hubiere acarreado. Ahora bien, ello debe haberse en no "inaudita parte", sino con plena garantía del trámite contradictorio, en fase de ejecución sustitutoria de la repetida sentencia y con intervención del Ayuntamiento para que en su momento la Sala de instancia fije en definitiva la suma que constituya el total de la indemnización ateniéndose no sólo a los criterios aportados para ello por don Fermín D. y su esposa sino por el Ayuntamiento de Torrente, y que la Sala de instancia estime ajustados a derecho.

Lo anteriormente expuesto y razonado comporta la estimación parcial del recurso de apelación entablado por el Ayuntamiento de Torrente contra el auto

dictado por la Sala de instancia en los términos antes expresados, si bien sin expresa condena en las costas.» (*Auto de 17 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3411.*)

2. *Ejecución provisional de sentencias apeladas. Farmacias. Nueva doctrina.*

Vid. V. FARMACIAS. (*Auto de 23 de abril de 1991.*)

D) *Costas.*

Imposición al recurrente. Se aprecia la conducta del particular respecto de la Administración, en un supuesto en que se siguieron actuaciones penales por desobediencia grave del particular.

«Basta examinar los expedientes y los autos para ver: A) que carecían de licencia las obras realizadas por la recurrente en el número 4 de la calle Castelar, consistentes en rehabilitación del inmueble, distribuyéndolo en cinco apartamentos independientes, cubriendo para ello unos nueve metros de superficie de un patio, y en el número 37 de la calle Pachecho y Núñez de Prado, consistentes en la ocupación del patio central con una edificación de cuatro plantas y una superficie aproximada de 15 m² por planta, y cubrición del patio lateral en una planta; B) dichas obras fueron suspendidas, con requerimiento de solicitud de licencia en el plazo de dos meses, respectivamente por acuerdos de 27 de noviembre de 1984, que quedó firme, y 24 de enero de 1985; C) *en ninguno de los dos casos la recurrente solicitó licencia, limitándose a desoir las órdenes de suspensión y proseguir las obras. Como dichas obras nunca pueden considerarse como menores, y aunque por un momento se admitiese dicha tesis sería indiferente, la consecuencia necesaria sería acordar la demolición de lo construido sin licencia*, como hicieron los acuerdos de 12 de julio de 1985 y 21 de mayo de 1985. Por tanto procede desestimar las demandas.

La clara y flagrante desobediencia de la recurrente ante las órdenes de suspensión de las obras; la falta de petición de las licencias, y la carencia de argumentación jurídica en este proceso para mantener sus pretensiones contra los acuerdos indicados, obliga a la Sala a imponerle las costas causadas, de conformidad con el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los fundamentos de la sentencia apelada.

Las alegaciones de la parte apelante no tienen fuerza convincente bastante para desvirtuar los razonamientos de la sentencia recurrida. Y sobre esta base, bastará indicar:

A) Los hechos que constituyen la causa o presupuesto de los actos recurridos aparecen plenamente acreditados mediante distintas inspecciones llevadas a cabo en las obras.

B) Tales hechos, en la medida en que han sido recogidos en los actos

impugnados y en la sentencia apelada no contradicen en modo alguno las declaraciones de hechos probados y las valoraciones de las sentencias dictadas en los distintos procesos penales seguidos al respecto:

a) La sentencia 59-87, de 6 de marzo de 1987, del Juzgado de Instrucción número 15 de los de Sevilla, hace referencia al dato de si las obras ilegales continuaron o no realizándose después del requerimiento de paralización, lo que conduce a una absolución del delito de desobediencia grave "sobre todo" al no constar el elemento subjetivo del delito —"voluntad en el inculpado de menospreciar o desatender ni a dicho requerimiento ni a la autoridad administrativa que lo acordó"—.

b) La sentencia del Juzgado de Instrucción número 7 de los de Sevilla de 10 de abril de 1987, confirmaba la del Juzgado de Distrito número 13 de Sevilla de 14 de julio de 1986, aceptando sus hechos probados y fundamentos de derecho, en los que se alude a la "evidente desobediencia a las órdenes de la Autoridad que no podemos inculpar por falta de acusación del Ministerio Fiscal y de la defensa de la Administración".

c) Las pruebas en que se basan las resoluciones recurridas no fueron obtenidas de forma ilícita —art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—. Podrían utilizarse distintos razonamientos al respecto, pero el más sencillo es el de que antes de la obtención de las fotografías, por visita de inspección, sin necesidad de penetrar en las obras, se habían constatado sus características.

d) Las obras del edificio de la calle Castellar, 4 no podían encontrar amparo en la orden municipal de obras a que alude el apelante, pues las realizadas exceden muy ampliamente de las comprendidas en dicha orden —informe del arquitecto municipal fechado el 4 de junio de 1985, expediente 633-84, sin foliar—.

e) La obtención *a posteriori* de una licencia no afectaría a la legalidad de los acuerdos impugnados, independientemente de las consecuencias que pudieran producirse en el ámbito de su ejecución.

Procedente será por consecuencia la desestimación del recurso de apelación, con imposición de las costas en virtud de los mismos razonamientos del séptimo fundamento de la sentencia apelada —art. 131.1 de la Ley jurisdiccional—.» (*Sentencia de 2 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 3277.*)

XIV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Relación de causalidad. Admitida la responsabilidad de la Administración por muertes a consecuencia de disparos de la policía, el nexo causal queda atenuado por la huída de las víctimas ante un control judicial, lo que lleva a moderar y a repartir la carga indemnizatoria.

«La Administración responde de manera directa y objetiva según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.1 de la Constitución Española, de toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos, prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa, esto es, al margen del cual sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso

cuando la acción originaria es ejercida legalmente, como con reiteración tiene declarado la Jurisprudencia de este Tribunal, como corresponde a un ordenamiento inspirado en la reparación de los daños imputables al funcionamiento administrativo, incluyendo así tanto los daños ilegítimos derivados de una actuación culpable, como los daños anudados a una actividad lícita e irreprochable de los servicios de la Administración, con la sola exclusión de la presencia del caso fortuito como resultantes de un riesgo creado por la simple creación de servicios; esto es, se está acorde, según enseñan Sentencias de 28 de enero de 1986, 29 de enero de dicho año y 6 de febrero de 1987, entre otras, en que aun en los casos en que se aceptase que el empleo de armas de fuego por la Policía para detener una persona que huye de control es un funcionamiento normal del meritado servicio, es obligado atribuir a la Administración la responsabilidad de los daños causados al amparo del artículo 40 antes mencionado y del 106 de la Constitución, que es justamente la ocurrencia del caso de autos, en el que la sospechosa huida de quienes resultaron muertos alejó toda idea de peligro para los agentes de la Policía, toda vez que los fallecidos se limitaron a emprender la huida motivados porque en el coche en que viajaban portaban cantidad de géneros de contrabando; en esta circunstancia el empleo de armas de fuego con resultado irreparable es estimado como medida desproporcionada y excesiva por la falta de agresión, lo que hace notoria e injustificada la medida de detención de personas que huyen en síntesis, la citada Jurisprudencia, recaída para supuestos análogos al que contemplamos, enseña que existe desproporción entre el hecho de no atender el alto al control policial y la reacción de la fuerza actuante.

Como queda acreditado que el agente o agentes causantes del daño actuaron en las funciones de su cargo, no se puede escluir a la Administración de su responsabilidad y a ella es imputable; también es cierto que los disparos efectuados constituyen la causa directa, en lo fáctico y en lo jurídico, del daño producido, mas han de tenerse siempre presentes las circunstancias en que se produjeron: la existencia de un control policial con las debidas señalizaciones que obedecieron otros vehículos que circulaban con el que se dio a la fuga desatendiendo las indicaciones y requerimientos que se le hicieron; los disparos previos de advertencia, la contumacia de huir emprendiendo marcha atrás y la creencia fundada de que los viajeros fueran componentes de banda terrorista, son circunstancias que si bien no son jurídicamente relevantes para derivar de ellas una interrupción, como elemento ajeno a la actuación policial, de la relación de causalidad que excluya y exonere a la Administración de responsabilidad, sí tienen trascendencia para la fijación del *quantum* indemnizatorio, por interferirse en la relación de causalidad, lo que permite ponderar la evaluación de los daños producidos de manera que no sean enteramente imputables a la Administración; esto es, la conducta de los perjudicados y las circunstancias que le rodean no eliminan la producción del daño y no sería justo que ello fuera así en un reparto de bienes y males en que consiste la Justicia, pero tampoco puede ser ignorada, con la consecuencia de hacer recaer en la Administración la totalidad del daño producido, por lo que de causa concurrente tiene en la producción del resultado lesivo, lo que determina reparto proporcional en el deber de resarcimiento; esto nos es permitido hacer al amparo del artículo 1103 del Código Civil, con los datos de que disponemos, moderando así la responsabilidad, porque también es razonable concluir que el resultado lesivo no se produjo a los vehículos que atendieron a la indicación del control policial y sólo se ocasionaron a quienes huyeron, de manera tal que de no haberse conducido en la forma en que se condujeron, también es razonable concluir que no hubieran sufrido más daños que el derivado de portar tabaco de contrabando, ilícita actuación de la que quisieron evadirse con la huida que emprendieron sin conseguirlo; se impone así una distribución en la carga indemnizatoria en cuanto a las cantidades que la Sentencia apelada acuerda conceder y distribuir,

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

disminuyéndolas en un 25 por 100 en cada una de ellas, estimando el recurso interpuesto por la Administración en este particular, sobre las que se girara el importe de los intereses computados desde la fecha que fija la Sentencia apelada hasta su pago total.» (*Sentencia de 29 de mayo de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 3901.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS