

# RESEÑA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Tercer trimestre de 1989)

POR

MARÍA ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ

Seminario de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

*SUMARIO: I. Fuentes.-II. Organización administrativa.-III. Haciendas locales.-IV. Empleo público.-V. Actos administrativos.-VI. Contratos administrativos.-VII. Sanciones administrativas.-VIII. Responsabilidad patrimonial. IX. Jurisdicción contencioso-administrativa.-X. Expropiación forzosa.-XI. Bienes*

## I. FUENTES

- 1.º *Implantación mediante Decretos Forales de la estructura orgánica funcional y dotacional de diferentes Zonas Básicas de Salud. Disposición dictada en ejecución de la Ley 13-XI-85 sobre zonificación sanitaria de Navarra. Audiencia preceptiva del Colegio Oficial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Sentencia apelada)

En primer lugar será preciso examinar la cuestión relativa a la necesidad de la audiencia previa al Colegio recurrente, en la elaboración de los Decretos Forales impugnados, y trascendencia de su incumplimiento, ya que según sea la decisión que al respecto se adopte, y de ahí el carácter previo de la cuestión, podría resultar superfluo el examen de las demás cuestiones presentadas. A tal efecto, hay que sentar que la Ley Foral de 13 de noviembre de 1985, sobre zonificación sanitaria de Navarra, por la que se estructura, en determinadas Zonas Básicas de Salud, la Ordenación Territorial Sanitaria de la Comunidad Foral, según dispone su artículo 1.º, previene, en la Disposición final 1.ª-1, que se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución de desarrollo de la Ley, oyendo, en todo caso, a los Colegios, Sindicatos y Asociaciones de usuarios afectados por las disposiciones de desarrollo. Pues bien, habrá que señalar como primer paso que, dados los términos imperativos en que la referida Disposición

está concebida, que resultan recalçadas con la expresión «en todo caso», no puede haber duda acerca de que la previa audiencia del Colegio Oficial recurrente, constituía una exigencia de validez de toda disposición de ejecución y desarrollo de la Ley. Como quiera que los Decretos Forales impugnados no se han dictado con esa previa audiencia, lo cual está reconocido por la Administración demandada, se oponen por ésta, en favor de la innecesariedad de dicha audiencia, las siguientes razones: a) que la habilitación legal de los Decretos Forales impugnados, no se encuentra en la Disposición final 1.<sup>a</sup>-1 de la Ley, sino en el artículo 5.<sup>o</sup> 1 y 2 de la misma, que no exige la previa audiencia; b) que, en todo caso, esa audiencia sólo está exigida para los Decretos que tienen carácter que no ostentan los impugnados, a diferencia del Decreto Foral núm. 148/1986, de 30 de mayo, para el que ya se concedió la repetida audiencia.

La primera razón apuntada no puede ser aceptada, dado que no haya contraposición entre el artículo 5.<sup>o</sup>-1 y 2 y la Disposición final 1.<sup>a</sup>-1, ambos de la Ley Foral de 13 de noviembre de 1985. Efectivamente, el primero dispone, en sus dos citados apartados, que corresponde al Gobierno de Navarra la fijación de la estructura orgánica, funcional y dotacional de las diferentes Zonas Básicas de Salud, así como la implantación en el tiempo de las estructuras de atención primaria, será establecida por el Gobierno con carácter progresivo; y si bien en dicho precepto no se establece el requisito de la audiencia, ello no quiere decir que ésta no sea exigible, por cuanto en la Disposición final 1.<sup>a</sup> queda prescrito aquel requisito con carácter general para todas las disposiciones de ejecución y desarrollo de la Ley.

En cuanto al carácter normativo de los Decretos Forales impugnados no puede ser desconocido, ya que norma es toda disposición que integra el ordenamiento jurídico, regulando de forma abstracta y general ciertas situaciones, normalmente con permanencia en el tiempo o plazo indefinido, y esas características concurren en aquellos Decretos, que al implantar la estructura de atención primaria de las distintas Zonas Básicas de Salud, se sitúan en la misma línea de ejecución del desarrollo normativo de la Ley Foral núm. 148/1986, de 30 de mayo, sin que la audiencia previa concedida en éste pueda excusar la que no se dio en aquéllos, siendo así que todos son disposiciones de ejecución y desarrollo de la Ley. El carácter normativo de los Decretos Forales recurridos, queda claramente de manifiesto si se examina la composición de los Equipos de Atención Primaria de las Zonas Básicas de Salud, en relación con el artículo 5.<sup>o</sup> del Decreto Foral núm. 148/1986, regulador de las estructuras de Atención Primaria. Efectivamente el

citado artículo 5.º, en su apartado segundo, señala la composición que han de tener tales Equipos, pero exclusivamente desde el punto de vista cualitativo, es decir, en cuanto a la calidad de las personas, y procedencia de las mismas, que los han de componer; pero sin cuantificar el número de los distintos profesionales, que es precisamente lo que efectúan los Decretos impugnados para la diversas Zonas Básicas de Salud; por lo que hay que entender que continúan el desarrollo normativo de la Ley, a lo que deben añadirse, en el mismo sentido, las disposiciones transitorias que regulan el derecho de opción que la Ley concede a los Sanitarios titulares de los partidos sanitarios, bien para ser transferidos a la Administración de la Comunidad Foral, bien para acogerse a la jubilación excepcional.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### (Tribunal Supremo)

Los de la Sentencia apelada; que se aceptan.

la Sentencia apelada, dictada por la Sala de Pamplona el 7 de octubre de 1988, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería de Navarra contra los Decretos Forales núms. 172, 173, 174, 175, 176, 177, 180, 182 y 183, todos ellos de fecha 4 de julio de 1986, por los que se implantaron, respectivamente, las Zonas Básicas de Salud de Cizur-Echavacoiz, Carcastillo, Alsasua, Lodosa, Barañain, Sangüesa, Tudela-Oeste, Tafalla y Cintruénigo, y declaró la nulidad de los mismos y del Acuerdo de 19 de septiembre de 1986, que había desestimado los recursos de reposición formulados contra aquéllos, nulidad que declaró con fundamento en que se había incumplido en su elaboración el trámite de previa audiencia del Colegio recurrente, mientras que la Comunidad Foral de Navarra sostiene en el recurso de apelación que los Decretos Forales recurridos no son disposiciones de ejecución y desarrollo de la Ley Foral de Zonificación de Navarra sino actos administrativos singulares y que, en todo caso, el Gobierno de Navarra se hallaba habilitado para dictar los Decretos Forales impugnados por los artículos 1.2 y 5 de la Ley Foral 22/1985, de 13 de noviembre, de Zonificación Sanitaria de Navarra, reiterando en cuanto al fondo los motivos de oposición ya expuestos en los escritos de contestación a la demanda y conclusiones.

En el preámbulo de los Decretos Forales impugnados se anticipa que mediante los mismos se inicia la implantación de las diferentes Zonas Básicas de Salud, fijando al efecto su estructura orgánica, funcional y dotacional, regulando en su articulado con carácter general la composición del equipo de atención primaria de cada

zona, los partidos sanitarios que se integran en la misma, la ubicación del Centro de Sanidad, el régimen de los funcionarios sanitarios titulares que no opten por ser transferidos a la Administración de la Comunidad Foral, con un régimen transitorio en que se regula el ejercicio del derecho de opción, la posibilidad de acogerse a una jubilación de carácter excepcional y el régimen de los sanitarios titulares de partido que hubieren accedido en virtud de convocatoria libre o restringida iniciada con anterioridad a la publicación del Decreto Foral, y unas disposiciones finales referidas a la coordinación y colaboración entre el equipo de atención primaria y los Servicios Municipales de Sanidad, constitución del Consejo de Salud de Zona y facultades del Director general del Servicio Regional de Salud para dictar las resoluciones necesarias para la puesta en marcha de las nuevas estructuras sanitarias, teniendo, por tanto, los Decretos Forales impugnados un evidente carácter normativo, por cuanto, desarrollando la Ley Foral de 13 de noviembre de 1985 y el Decreto Foral de 30 de mayo de 1986, se regula mediante los mismos el ordenamiento jurídico que ha de regir en la estructuración orgánica, funcional y dotacional de las diferentes Zonas Básicas de Salud, constituyendo un verdadero marco jurídico regulador y no una simple aplicación del ordenamiento ya existente a un determinado o determinados supuestos.

Sentada la premisa de que los Decretos impugnados son verdaderas disposiciones generales, es manifiesto que en su elaboración se incumplió el obligado y fundamental trámite de concesión de audiencia al Colegio recurrente, exigido por la disposición final 1.<sup>a</sup>-1 de la Ley Foral 22/1985, de 13 de noviembre, en la que se «faculta al Gobierno de Navarra para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo de la Ley, oyendo, en todo caso, a los Colegios, Sindicatos y Asociaciones de usuarios afectados por las disposiciones de desarrollo», cuyo incumplimiento no puede justificarse con la cita del artículo 1.2 de dicha Ley, que se refiere al extremo concreto de la ubicación de los Consultorios y Centros de Salud, en tanto que los Decretos Forales impugnados, como se ha señalado, contienen una regulación mucho más amplia, ni con la del artículo 5.º, que faculta al Gobierno de Navarra para la fijación de las estructuras orgánica, funcional y dotacional de las diferentes Zonas Básicas de Salud, precepto que no es incompatible y, por el contrario, se completa con la disposición final 1.<sup>a</sup>, 1, en la que se exige la previa audiencia, entre otros, de los Colegios afectados por las disposiciones dictadas en ejecución y desarrollo de dicha Ley, naturaleza que tienen los Decretos Forales objeto de impugnación. (Sentencia de 19 de julio de 1989. Sala Tercera. González Mallo. R.A. 5.395.)

2.º *Naturaleza normativa de la Constitución. El derecho a indemnización derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24-1 C.E., cuya directa aplicabilidad nadie discute y que exige que toda norma sea interpretada en el sentido más favorable a su efectividad. El artículo 121 de la C.E. puede considerarse como la faz negativa del artículo 24 y en tal sentido debe tener su misma eficacia directa: el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia implican vicios en la tutela judicial efectiva y si el derecho a la tutela es de directa aplicación, también debe serlo el derecho a indemnización. Hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJ. Formulación de voto particular del Magistrado González Navarro, en el que declara no haber lugar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, por no ser aplicable el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 294-1 de la LOPJ a los hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley*

Se ha impugnado en estos autos la resolución ministerial que denegaba la petición del hoy actor dirigida a obtener la indemnización de los perjuicios derivados de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Y sobre esta base, dado que el artículo 121 de la Constitución establece el derecho a una indemnización a cargo del Estado por daños causados por error judicial o que sean consecuencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la fecha de los acontecimientos litigiosos (4 de diciembre de 1982 a 6 de octubre de 1984) plantea como primera cuestión la de la viabilidad de reclamaciones indemnizatorias derivadas de hechos ocurridos con posterioridad a la publicación de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

Ciertamente existe una línea jurisprudencial –así, Sentencias de 5 de febrero de 1986, 10 de marzo de 1987 y 15 de junio y 21 de septiembre de 1988 –que entiende inaplicable la normativa establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial a los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor aunque fueran posteriores a la Constitución.

Pero una nueva reflexión sobre el tema –el principio de unidad de doctrina no puede conducir a una petrificación de la jurisprudencia– debe conducir a solución diferente, aceptada ya por esta Sala en Sentencia de 21 de abril de 1989, en la que se dice lo siguiente:

A) El ordenamiento jurídico se integra ante todo por unos principios que son la atmósfera en que vivimos jurídicamente, el aire que respiran las normas: éstas son una manifestación o exteriorización de las consecuencias detalladas que derivan de los principios que al informar la totalidad del ordenamiento jurídico –art. 1.º,4 del título preliminar del Código Civil– han de inspirar siempre la interpretación de las normas.

Uno de dichos principios, recogido expresamente en el artículo 9.º,3 de la Constitución es precisamente el de la responsabilidad de los poderes públicos: es claro, pues, que al buscar el sentido de las normas habrá que aspirar a la efectividad de dicho principio.

A la misma conclusión se llegaría partiendo del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico que reiteradamente proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo ha recibido expreso reconocimiento en nuestro Derecho positivo mediante el artículo 5.º,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B) La naturaleza normativa y no meramente programática de la Constitución reclama una interpretación de sus preceptos que aspire a lograr el máximo reconocimiento de su fuerza vinculante.

Piénsese que el problema aquí discutido –derecho a una indemnización derivado de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia– está íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, cuya directa aplicabilidad nadie discute y que exige que toda norma sea interpretada en el sentido más favorable a su efectividad. El artículo 121 de la Constitución puede considerarse como la faz negativa de su artículo 24, y en tal sentido debe tener su misma eficacia directa: el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia implican vicios en la tutela judicial efectiva, y si el derecho a esta tutela es de directa aplicación, también debe serlo el derecho a una indemnización derivado de la vulneración de esta tutela.

Sobre esta base, la conclusión ha de ser la de que, una vez publicada la Constitución, los acontecimientos constitutivos de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia generaban por virtud de aquélla el derecho a la indemnización establecida en su artículo 121 aunque la efectividad del derecho así nacido habría de esperar a que la Ley estableciera el cauce adecuado, computándose los plazos desde la entrada en vigor de dicha Ley, es decir, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 cuya vigencia comenzó el 3 de julio de 1985 –disposición final.

Esta es también la solución a la que llega la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

2/1979, de 3 de octubre, que para los recursos conflictos constitucionales referidos a leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la constitución del Tribunal Constitucional establece que los plazos se han de computar desde dicha constitución.

La conclusión expuesta no se ve desvirtuada por el dato de que la Ley Orgánica del Poder Judicial no se haya atribuido eficacia retroactiva –artículo 2.º, 3, del Título Preliminar del Código Civil–, pues en realidad no se trata tanto de dar efecto retroactivo a la Ley Orgánica del Poder Judicial cuanto de atribuir eficacia directa al artículo 121 de la Constitución: Así, el Tribunal Constitucional –Sentencia 36/1984, de 14 de marzo– ha puesto de relieve la existencia misma del derecho a indemnización nace de la Constitución, de suerte que la Ley Orgánica venía a establecer el procedimiento adecuado para el ejercicio de un derecho preexistente.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### (Voto particular)

En el presente recurso, don Carmelo R.I., impugna una Resolución del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1986, que denegó la indemnización de 4.000.000 de pesetas por haber estado indebidamente ingresado preventivamente en la prisión provincial de Málaga durante veintidós meses, prisión que, según el recurrente, debe considerarse indebida ya que la sentencia recaída en juicio oral fue absolutoria.

Como quiera que el recurrente estuvo en prisión preventiva desde el 4 de diciembre de 1982 al 6 de octubre de 1984, como consecuencia del sumario 20/1983, seguido en este Juzgado de Instrucción número 4 de Málaga, siendo la Sentencia absolutoria de 5 de octubre de 1984, es necesario abordar el problema del ordenamiento jurídico aplicable, ya que la Ley Orgánica del Poder Judicial (en cuyos artículos 294 a 297 se regula la responsabilidad extracontractual del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia) es de 1 de julio de 1985, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del día 2 de julio, y entró en vigor al día siguiente según lo prevenido en la disposición final de dicha Ley.

Al respecto debe recordarse la doctrina de la que entonces era Sala Cuarta de este Tribunal Supremo –establecida, por ejemplo, en Sentencia de 21 de septiembre de 1988– en la que se dice que para resolver el problema de la eficacia intertemporal de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial que silencia esta cuestión no puede aplicarse la disposición transitoria primera del Código Civil. Como es sabido, esta disposición transitoria dice que «si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto

desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificará bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen». Pero esta norma —como todas las restantes transitorias del CC— resuelve únicamente los problemas de intertemporalidad derivados de la entrada en vigor de aquel Código, careciendo de vigencia general, la cual sólo puede predicarse de su título preliminar (que trata «de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»), y en este título preliminar se contiene la conocida regla de irretroactividad salvo precepto expreso en contrario (art. 2.3). Por tanto, ante la ausencia de precepto expreso en la Ley Orgánica del Poder Judicial resolviendo la cuestión en sentido contrario, hay que estar a la regla general de la irretroactividad. A la misma conclusión de imposibilidad de aplicar al caso la transitoria citada del Código Civil podría llegarse por la vía de la distinta naturaleza de la responsabilidad extracontractual regulada en el Código Civil (arts. 1.902 y ss.), que es una responsabilidad subjetiva, y la regulada en el caso que nos ocupa que es una responsabilidad objetiva. No hay base, pues, para pretender aplicar los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de esta Ley. Pero hay más todavía porque la propia Constitución Española —que es, por regla general, de directa e inmediata aplicación— ha deferido a la Ley la regulación de la responsabilidad del Estado por actos de la Administración de Justicia. Con lo que claramente indica que sólo en la forma que ésta diga —«conforme» a ella— y, por tanto, desde que está en vigor esta regulación legal, será exigible esa responsabilidad. En 1978, cuando se dicta la Constitución, no hay otro supuesto de responsabilidad por actos del Poder Judicial que el contemplado en el artículo 960.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, se amplía el ámbito de este concreto supuesto de responsabilidad a los daños causados por error judicial o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Así pues, hay que concluir que la responsabilidad que regulan los artículos 292 a 297 de la Ley de 1 de julio de 1985 citada, sólo es exigible por hechos o actos posteriores a su entrada en vigor, lo que implica la necesidad de rechazar el recurso.

Tampoco cabe pensar que estamos ante un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia encuadrable en el artículo 106.2 de la Constitución. Y ello por varias razones que analizó ya esta Sala en la Sentencia citada en el fundamento anterior: a) Porque ese artículo 106.2 forma parte del título IV («del Gobierno y de la Administración») y aquí estamos ante una posible responsabilidad del Poder Judicial

*stricto sensu* (Tribunales unipersonales y colegiados actuando en un proceso en ejercicio de la función que le es propia: resolver conflictos de contenido jurídico «diciendo» el derecho aplicable). No estamos, pues, valorando una actuación de la Administración del Estado, ni siquiera de esa parte de ella que es la organización administrativa de apoyo a los Tribunales. b) Porque si el contribuyente español hubiera querido emprender la responsabilidad por funcionamiento de los Tribunales dentro de la que regula el artículo 106.2, resulta innecesario el artículo 121 que, precisamente, encuentra sentido en el deseo de dejar fuera de la regulación general esa otra faceta de la responsabilidad por actos del Poder Judicial, responsabilidad que se limita así –según ese mismo artículo 121 de la Constitución– a los supuestos de error judicial («declarado», dice además el art. 393.2 de la Ley Orgánica) y de funcionamiento anormal. Por donde tampoco cabe estimar el recurso desde esta otra perspectiva.

Este Magistrado debe añadir que ha tenido a la vista la Sentencia 36/1984, de 14 de marzo, dictada en amparo por el Tribunal Constitucional y en cuyo fundamento último se dice lo siguiente: «Todo cuanto antecede no puede llevar a pensar que el derecho constitucionalmente garantizado es un derecho vacío y que su vulneración sólo puede ser remediada en términos puramente simbólicos, mediante una declaración sin contenido eficaz. El artículo 121 de la Constitución impone al Estado la obligación de indemnizar los daños causados por error judicial o que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Si la dilación indebida constituye, de acuerdo con una doctrina casi unánime, el supuesto típico del funcionamiento anormal es forzoso concluir que, si bien el derecho a ser indemnizado puede resultar del mandato del artículo 121 no es en sí mismo un derecho invocable en la vía del amparo constitucional, la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera, por mandato de la Constitución, cuando no puede ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce. La Ley podrá regular el alcance de tal derecho y el procedimiento para hacerlo valer, pero su existencia misma nace de la Constitución y la de ser declarada por nosotros. En el presente caso, sin embargo, el recurrente no hace petición alguna de indemnización, ni, en consecuencia, ha sido parte en el litigio la Administración del Estado, a la que, como es obvio, no podríamos por tanto condenar al pago de cantidad alguna. Nuestro pronunciamiento ha de limitarse, por tanto, a declarar la existencia de la lesión del derecho constitucionalmente garantizado, y de la conexión entre tal lesión y el supuesto contemplado en el artículo 121

de la Constitución, sin perjuicio de que, a partir de ello, el lesionado procure, a través de otras vías, el resarcimiento a que se crea titulado». Esta Sentencia —que como se ve es anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial— remite a otras vías legales de resarcimiento distintas del amparo —que parece declarar no procedente— y a la ya entonces inminente regulación del alcance del derecho reconocido en el artículo 121 de la Constitución y al procedimiento para hacerlo valer. Pudo el legislador de 1985 haber declarado la eficacia retroactiva de los artículos 294 a 297. Incluso parece que, si el artículo 24 de la Constitución proclama el principio de la tutela efectiva de los derechos, y si el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a ser indemnizado nace de la Constitución, el legislador ordinario debió atribuir eficacia retroactiva a esos artículos. Pero es el caso que —por las razones que sean— no lo ha hecho. Por tanto, las vías legales utilizables para exigir indemnización por daños imputables al Poder Judicial derivados de hechos acaecidos antes del 3 de julio de 1985 no son otras que las entonces existentes —art. 960.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—. Y como los Tribunales están sujetos a la Ley y a los términos de la Constitución, este Magistrado no encuentra camino hábil para conceder la indemnización solicitada, caso de que, analizado el supuesto concreto, efectivamente procediera. Porque para aplicar retroactivamente una Ley que carece de esa eficacia tendría este Tribunal que erigirse en legislador lo que, evidentemente, no puede hacer.

Cuando un Magistrado opta por formular voto particular a una sentencia tiene necesariamente que realizar una crítica de ella a fin de fundamentar debidamente su opinión discrepante. Es claro que una cosa es criticar y otra critiquizar. Pero no podrá decirse que este Magistrado abusa de la crítica, rebasando sus justos límites, cuando se ve en el deber de añadir nuevos argumentos en favor del mantenimiento de la tesis que hasta ahora venía manteniendo esta Sala. Y ello, no sólo porque la crítica que contiene todo voto particular debe ser lo más completa posible, sino porque la importancia de la cuestión debatida así lo exige, ya que, en definitiva, lo que aquí se está planteando es nada menos que el problema de los límites de la actuación del Juez en nuestro sistema constitucional. De aquí que, por lo pronto, deba añadirse algo acerca del ya aludido principio general de irretroactividad de las normas que consagra el artículo 2.3 del Código Civil. Según este precepto, «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Esto supone que es dentro de cada ley donde se regula el problema de la intertemporalidad («no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren —ellas mismas— lo contrario»), sin que quepan aplicaciones analógicas de previsiones hechas en otras

leyes. No ignora, sin embargo, este Magistrado que la jurisprudencia y la doctrina admiten que, en ciertos supuestos, las leyes puedan tener efecto retroactivo aunque no contengan cláusula expresa de retroactividad. Pero examinando uno por uno los distintos supuestos se comprueba que ninguno de los dos que se citan son aquí aplicables. Examinemos estos supuestos de retroacción tácita de la Ley: *a)* Disposiciones interpretativas. Es claro que no estamos ante una Ley de este tipo. *b)* Disposiciones complementarias o ejecutivas. Podría pretenderse que como quiera que la Ley en este caso viene a contemplar la Constitución estamos claramente dentro del supuesto. Pero esto implica identificar desarrollo reglamentario —que es el caso contemplado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia— con desarrollo legislativo, lo cual no es aceptable. Porque el desarrollo reglamentario opera siempre con sujeción al principio del «complemento indispensable» que no opera en cambio en el caso del desarrollo legislativo. *c)* Leyes y disposiciones de estricto carácter procesal. Es evidente que aquí estamos ante un supuesto distinto porque el legislador —haciendo uso de la potestad que le confería la Constitución— ha regulado no sólo el procedimiento sino el alcance del derecho. Y, por cierto, de forma restrictiva. No estamos ante una norma de estricto carácter procesal. *d)* Disposiciones prohibitivas, derogatorias, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes. Nada de eso es de aplicación aquí. *e)* Disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme; en cuanto concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta. Obviamente tampoco éste es el caso, sino exactamente el contrario. Porque se trata de establecer una regulación específica de la responsabilidad del Estado. Y el legislador, lejos de aproximarse al régimen general, lo que ha hecho es afirmar las peculiaridades de la responsabilidad por actos u omisiones del Estado-Juez.

Ocurre, además, que la nueva línea jurisprudencial que ahora se quiere abrir plantea la cuestión del inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. ¿Cuándo empieza a correr? La Ley dice —arts. 293.2 y 294.3— «a partir del día en que pudo ejercitarse». Y entonces tenemos que este Tribunal tendrá que optar por entender que pudo ejercitarse desde que entró en vigor la Ley o desde ahora que cambia la línea jurisprudencial (es obvio que bajo la jurisprudencia inicial «no pudo ejercitarse»). Sin agotar este argumento es claro que pone de relieve que el Tribunal se está deslizando peligrosamente por el terreno de la arbitrariedad —que aunque no implica necesariamente injusticia, le está vedado: art. 9.2 de la Constitución—. Ello aparte de que si opta por el primer término del dilema —inicio del plazo coincidente con la vigencia de la Ley— la apertura

de la nueva jurisprudencia será más aparente que real. Y, desde luego, contradictoria con el criterio restrictivo que ha inspirado —esto es indiscutible— la regulación de los artículos 292 a 294 de la nueva Ley Orgánica (piénsese: cuando esta sentencia aparezca en los repertorios jurisprudenciales el plazo de un año se habrá extinguido casi con seguridad).

Por último es necesario aludir a los límites de toda jurisprudencia que se proponga ser creadora. Límites que, esto parece que tampoco puede discutirse, han de buscarse en el ordenamiento en vigor. Y hay que ocuparse de este problema porque si el constituyente dice en la Sentencia citada más arriba que «el derecho —a la indemnización— existe desde la Constitución», y el artículo 24 de ésta consagra el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos, parece que puede concluirse que el Tribunal, buscando esa tutela judicial efectiva, no sólo puede sino que debe actuar como aquí lo ha hecho. La cosa no es tan simple como parece, sin embargo. Por lo pronto el principio en cuestión no impide que siga pudiendo hablarse de derecho sin acción —artículo 1.798 del Código Civil— y de acciones sin derecho —sin embargo preventivo, por ejemplo—. Basta para convencerse de ello con traer a colación el artículo 35.1 de la Constitución —derecho al trabajo—. pero es que, además, para saber donde tiene que detenerse la potestad creadora del Juez —que más es potestad investigadora del derecho, descubridora de éste— es necesario saber cuál es el modelo de función judicial que acepta la Constitución. Al respecto debe recordarse lo siguiente: a) Nuestro ordenamiento no se adapta estrictamente —pese a que el preámbulo de la Constitución hable todavía de «imperio de la Ley»— al modelo silogístico, conforme al cual el Juez debe rechazar la demanda si no hay norma aplicable al caso. Por eso dice el artículo 1.6 del Código Civil que los Jueces «tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que se conozcan». De aquí que lo exacto es decir, no que el Juez está subordinado a la Ley, sino más bien que está subordinado a la Ley «y al derecho» (fórmula que, por cierto, emplea —sin propósito restrictivo— el artículo 103 de la Constitución para referirse a la Administración). b) Tampoco es conforme a nuestro ordenamiento el modelo realista: El Juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas, lo que lleva a convertir estas en una especie de vistosos juguetes, y, de hecho, a «liberar» al Juez de la Ley. c) Mucho menos admite nuestro derecho el modelo positivista de la descripción judicial que, precisamente, defiende el poder político del Juez que se enfrenta con una variedad de respuestas y elige entre ellas. Precisamente porque al Juez le está prohibida la arbitrariedad —Artículo 9.2 de la

Constitución— sus poderes discrecionales le vinculan a la respuesta correcta que es sólo una. d) Por ello el modelo español se adapta a este otro de la repuesta correcta, dentro del cual el Juez carece de poder político, estando subordinado a la Ley y al derecho. Y éste —que tipifica como conducta penalmente reprochable la usurpación de atribuciones, las legislativas en este caso, artículo 377 del Código Penal— nos dice que la función del Juez es la de garantizar los derechos individuales y no la de señalar objetivos sociales. Esta sumisión corresponde al constituyente, al legislador o al Gobierno. Pero en ningún caso —en nuestro ordenamiento vigente— es tarea que puede asumir el Juez. Aquí está la frontera de la jurisprudencia creadora. Y este Magistrado que, si ocupara la posición de legislador defendería la aplicación retroactiva de la norma, en su papel de Juez no puede invadir competencias y potestades que no tienen y no pueden crear una retroacción que la legalidad vigente rechaza. Por ello tiene que apartarse de la nueva corriente jurisprudencial que se abre con la sentencia de la que discrepó.

En consecuencia, este Magistrado entiende que —con los fundamentos que quedan transcritos— la sentencia que debía dictar la Sala debería contener el siguiente fallo: Debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por don Carmelo R. L. contra Resolución del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1986 que denegó la indemnización de 4.000.000 de pesetas que reclama por eventuales daños derivados de actuación del Poder Judicial que declaró su prisión preventiva que se mantuvo durante veintidós meses, siendo absuelto y puesto en libertad a 6 de octubre de 1984. (Sentencia de 22 de marzo de 1989. Sala Tercera, García-Ramos Iturralde. R.A. 5525.)

## II. ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

- 1.º *Personalidad jurídica única de la Administración Pública. Las declaraciones de derechos formuladas por una de sus ramas no pueden ser desconocidas por otras sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido. Desconocimiento por la Administración tributaria de derecho a exención reconocido por el Ministerio de la Vivienda. Enajenaciones a que den lugar la parcelación y reparcelación declaradas obligatorias por órganos urbanísticos*

Mediante escritura pública autorizada por el Notario de esta capital don Enrique S.S., en 6 de octubre de 1976, la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid

procedió, de conformidad con lo establecido en los artículos 34 y concordantes del Decreto 1006/1966, de 7 de abril, sobre reparcelaciones de suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana, a protocolizar el título de reparcelación correspondiente a las Fases Sur y Este (parcelas A-4-a, A-10-a y AC-4-b) de la manzana A, zona comercial de la avenida del Generalísimo, de Madrid (AZCA), de las que resultó titular el «B. Z., S. A.», en virtud de haber adquirido 52.931,92 «puntos-valor-suelo» a otros titulares, mediante pólizas intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa.

Presentado dicho documento a liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, solicitando la exención prevenida en el artículo 65.1.38 y en el artículo 101.2.5.º del texto refundido aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, fue denegada así por la Abogacía del Estado de Madrid como por los Tribunales Económico-Administrativos Provincial y Central, siendo posteriormente confirmados dichos actos administrativos por Sentencia dictada en 30 de enero de 1987, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, contra la que se interpuso el presente recurso de apelación.

El párrafo 38, apartado 1, del artículo 65 del mencionado texto refundido del Impuesto concede exención del mismo para «las enajenaciones a que dieren lugar la parcelación y reparcelación declaradas obligatorias por los Ayuntamientos u otros órganos urbanísticos, de conformidad con la Ley de 12 de mayo de 1956, precepto que no suscita ninguna duda cuando se trate de la transmisión de terrenos reparcelados a un propietario que aportó otros con tal fin, pero cuya aplicación se ha negado en el presente caso, debido a que el «B. Z., S. A.», no era dueño de ningún terreno en aquel polígono —donde recibió las parcelas edificables—, viniéndole dada la atribución de éstas en razón a la pertenencia de determinado número de unos peculiares títulos denominados «punto-valor-suelo». Reduciendo el razonamiento a su más elemental formulación, se niega el beneficio fiscal, porque el actor recibe unos terrenos en polígono donde no ostentaba ningún derecho de propiedad inmobiliaria.

La manzana A de la zona comercial de avenida del Generalísimo, de Madrid, se constituyó mediante la agrupación de una serie de fincas que arrojaron una superficie total de 204.904,58 metros cuadrados y cuya titularidad fiduciaria de disposición se atribuyó a la Asociación Mixta de Compensación, con arreglo al artículo 40.3 del Reglamento de reparcelaciones de 7 de abril de 1966 y el artículo 19.e) de los Estatutos de la Asociación. Del mismo modo, se asignó a tal finca 1.491.148,54 puntos-valor-suelo, de los que,

en sucesivas fechas, que van del 11 de junio de 1973 al 7 de abril de 1976, el «B. Z., S. A.», adquirió un total de 52.931,92 puntos-valor-suelo, mediante pólizas legalmente intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa, en función de los cuales le fue adjudicado, por último, el concreto solar edificable origen de este pleito. Resulta, pues, de este sistema operativo seguido en la denominada manzana AZCA, que los primitivos propietarios transmitieron la titularidad fiduciaria de su dominio a la Asociación Mixta de Compensación, lo que significa que ésta adquirió aquellas propiedades, aunque bajo el signo de la «confianza», en orden a que, en ciertas condiciones, serían retrocedidas a quienes cumplieran determinada exigencia, que no consistió precisamente en haber sido originariamente propietario de terrenos en tal área, sino lisa y llanamente en ser dueño de unos peculiares títulos-valores denominados «valor-punto-suelo». De esta forma, al quedar desligado de la aportación el derecho a la atribución de suelo urbanizado y haberse intercalado, entre una y otro, unos títulos-valores negociables, resulta posible (y perfectamente válido, en la medida que tales títulos valores se transmitan con las garantías que marca la Ley) que los solares resultantes de la urbanización se adjudiquen a personas distintas de las que los aportaron.

Este particular sistema ha hecho que en ocasión anterior como es la que representa la Sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1976, haya sido denegado el reconocimiento del derecho a la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, pero se estima que tal doctrina debe ser revisada por dos fundamentales órdenes de razones.

De una parte, hay que señalar que el artículo 65.1.38 del texto refundido, aplicable al caso, de 6 de abril de 1967, en la medida que declara exentas del Impuesto «Las enajenaciones a que dieron lugar la parcelación y reparcelación declaradas obligatorias por los Ayuntamientos u otros órganos urbanísticos, de conformidad con la Ley de 12 de mayo de 1956», no excluye, de manera implícita ni explícita, el peculiar sistema seguido en el presente caso, ya que, con arreglo a la Ley del Suelo —reformada por Ley de 2 de mayo de 1975, en sus artículos 77 y 80, y el texto refundido de la misma de 9 de abril de 1976, «Se considera parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, en la forma que éste se defina reglamentariamente», y «Se entenderá por reparcelación la agrupación de fincas comprendidas en el polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados, en proporción a sus respectivos derechos». De ahí

que, con arreglo a este nuevo concepto de «reparcelación» se comprende en ellas tanto la agrupación como la división con arreglo al Plan de lo agrupado; la adjudicación de lo dividido entre los «interesados» (concepto que no implica necesariamente que se trate de primitivos propietarios), así como que tal adjudicación se haga en proporción a los respectivos «derechos» (lo que tampoco predetermina que se trate de un derecho de propiedad inmobiliaria).

De otra parte, el Ministerio de la Vivienda, a través de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid y su Delegado del Gobierno, en 30 de junio de 1976, otorgó título de propiedad al apelante, inscribible en el Registro, donde, expresamente, hace constar (cláusula séptima) «Que todos los actos a que el presente título se refiere se hallan exentos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de conformidad con los artículos 65.1, número 38, y 101.2, número 5 del texto refundido de 6 de abril de 1967, Decreto 1018», declaración que no puede ser desconocida por la Administración tributaria, que tampoco la ha atado eficazmente. En efecto, el principio de unidad de personalidad jurídica de la Administración Pública hace que las declaraciones de derechos formuladas por una de sus Ramas no puedan ser desconocidas, incluso contradichas por otra, sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido; de donde, sin haber sido anulada la declaración que hace la Administración en la cláusula séptima del título de propiedad, no podía la Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales ni los órganos administrativos de resolución de reclamaciones (Tribunales Económico-Administrativos Provincial y Central) practicar liquidación por aquel tributo u oponerse a la aplicación de la exención de referencia, lo contrario significa, ciertamente, vulneración del principio de la seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, la cual está absolutamente proscrita en la interpretación de las leyes y reglamentos que hagan los Tribunales, con arreglo a lo que dispone el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. (Sentencia de 14 de junio de 1989. Sala 3. Pujalte Clariana. Ar. 5498.)

2.º *Competencia administrativa. Improcedencia de transferir funciones que den lugar a la adopción de disposiciones generales. Subdelegación de funciones*

En el presente recurso la Asociación General de Fabricantes de Azúcar de España solicita se declare la nulidad de la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 25 de noviembre de 1985 y de la Resolución de la Dirección General de Industrias Agrarias y Alimentarias de 29 de noviembre de ese mismo año, relativas ambas a retirada de la pulpa azucarada.

El Real Decreto 1874/1984, de 17 de octubre, regulado de las campañas azucareras 1985-1986 y 1987-1988 contiene en su artículo 15 tres prescripciones cuyo conocimiento es necesario para entender cuanto aquí ha de tratarse: a) La pulpa fresca obtenida en el proceso industrial de fabricación del azúcar quedará de propiedad del agricultor, quien podrá retirarla o cederla a la Empresa azucarera a la que haya entregado su remolacha (núm. 1); b) Por acuerdo interprofesional entre agricultores y Empresas azucareras se fijará la compensación en metálico que deben aquéllos percibir en el caso de que opten por ceder su pulpa a la Empresa, así como las condiciones y cantidades de pulpa a retirar en sus distintas modalidades (núm. 2); c) Caso de no lograrse el indicado acuerdo interprofesional el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación establecerá las normas que procedan (núm. 3).

Por Orden de 2 de julio de 1985, complementada por otra de 3 de septiembre, y en cumplimiento de lo previsto en el número 3 se reguló de manera completa la eventual recogida por el agricultor de la pulpa obtenida, fijando la compensación que habían de percibir los agricultores en el caso de optar por la cesión de la pulpa a la Empresa. Dichas Ordenes fijaban un precio para mercancía desnuda, en posición muelle fábrica azucarera. Las Empresas azucareras cobraron entonces al agricultor por el servicio de manipulación y carga de la pulpa sobre vehículo (cfr. el texto de dicha Orden en el «BOE» de 5 de julio).

Otra Orden, que es la aquí impugnada, de 25 de noviembre de 1985, reconoce que habían «surgido divergencias entre las partes en relación con diversos aspectos puntuales» (*sic*), por lo que facultó a la Dirección General de Industrias Agrarias y Alimentarias para que, en desarrollo de las Ordenes antes citadas, estableciera un programa (*sic*) que fije la retirada de pulpa.

La Resolución de 29 de noviembre de 1985, también aquí impugnada, estableció que los costes por las operaciones para la carga de pulpa no sobrepasarán las 0,20 pesetas por kilogramo.

Hasta aquí los hechos.

Las partes —Asociación de Fabricantes de Azúcar, por un lado, y la Administración, por otro— discuten si estamos ante normas reglamentarias o ante meros actos administrativos. Y pretenden obtener consecuencias opuestas de esa calificación. Esta Sala entiende que tanto en un caso como en otro la actuación administrativa no es ajustada a derecho, porque aquí hay una delegación de funciones administrativas hecha sin tener en cuenta las prescripciones legales.

Si entendemos que estamos ante dos normas reglamentarias tendríamos que se habría conculcado el artículo 22.3, letra d), de la

Ley de Régimen Jurídico (prohibición de transferir funciones que den lugar a la adopción de disposiciones de carácter general). La fijación del precio por la Resolución impugnada se hace en virtud de delegación del Ministro, hecha en la Orden también impugnada. Que esta Orden contiene una transferencia de funciones no cabe duda, pero ocurre que, a su vez, las potestades que se delegan son las recibidas (o parte de ellas) del Consejo de Ministros en virtud del artículo 15, número 3, del Real Decreto 1874/1984, de 17 de octubre, donde –sin ambages ni rodeos– se habla de normas: contiene ese número 3 una habilitación de potestad reglamentaria (necesaria porque «las materias de su departamento», de que habla la Ley de Régimen Jurídico, al definir las competencias de los Ministros, son únicamente las relativas a la organización del Ministerio).

Si entendemos, en cambio, que son puros actos con destinatario general (aunque determinable) se estaría infringiendo el número 5, apartado último, del mismo artículo 22 de la Ley citada (prohibición de subdelegar). El Consejo de Ministros transfirió la fijación del precio al Ministro y éste lo transfiere, a su vez (subdelegación), al Director general.

En consecuencia, la anulación de la Orden y la Resolución impugnadas es lo que procede en derecho.

Debe añadirse que el Abogado del Estado pretende que debe ser competente la Audiencia Nacional, porque estamos ante un simple acto administrativo, a cuyo efecto invoca el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia de la Audiencia Nacional. Pero, aparte de que la cuestión se presenta como dudosa –lo cual es comprensible si se piensa que hay una verdadera gradualidad en la concreción del puro acto administrativo, gradualidad que se inicia en la Constitución, que contiene las prescripciones o mandatos más amplios e inconcretos–, si se quisiera ser preciso técnicamente deberíamos hablar de «elementos normativos desgajados», sintagma con el que la doctrina alude a la rigidez de la total aplicación de las normas legales sobre elaboración de reglamentos. Estos elementos normativos desgajados podríamos decir que tienen contenido de norma y envoltura de acto. Con lo que, por ejemplo, no se exige el cumplimiento de ciertos informes preceptivos para la Administración, ni tampoco la *vacatio legis* para su entrada en vigor. Ante esto, y teniendo en cuenta también el principio de economía procesal (que forma parte de ese complejo derecho que es el de tutela judicial efectiva), esta Sala está legitimada para asumir la competencia para conocer de este asunto, como aquí lo ha hecho. (Sentencia de 29 de septiembre de 1989. Sala 3.<sup>a</sup> González Navarro. Ar. 6714.)

### III. HACIENDAS LOCALES

- 1.º *Tasas municipales. Utilizaciones privativas o aprovechamientos especiales. La modalidad prevista en el artículo 18 del Real Decreto 3250/1976 es una excepción a la regla general de su artículo 17. Inexistencia de convenio entre Ayuntamiento y empresa suministradora de energía eléctrica*

El fallo apelado estimó el recurso interpuesto por «E., S. A.», contra acuerdos del Ayuntamiento de Parres-Arriondas sobre liquidación de tasas por aprovechamiento especial del suelo, vuelo y subsuelo de vías públicas municipales, con base en los siguientes fundamentos de derecho: «Primero.—La compañía mercantil "E. R. del C. y O., de A., S. A.", impugna en el presente proceso contencioso-administrativo, el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Parres-Arriondas, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra liquidación practicada el 10 de abril de 1987, en concepto de tasa por aprovechamiento especial del suelo, vuelo y subsuelo de la vía pública, correspondiente al segundo semestre de 1986, con una cuota tributaria de 829.974 pesetas, entendiendo que es correcta dicha liquidación sobre los ingresos brutos por permitirlo el Real Decreto de 30 de diciembre de 1976, la Orden de 31 de mayo de 1977 y el actual Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986. Segundo.—En nuestro Ordenamiento Local, el Real Decreto número 3250, de 30 de diciembre de 1976, por el que se dictaron normas provisionales para la aplicación de las bases 21 a 34 de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, referentes a los ingresos de las Corporaciones Locales, en el artículo 17, reiterando el principio jurídico consagrado ya en el artículo 376 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, establece que el importe de la tasa por el aprovechamiento especial de bienes e instalaciones de uso público municipal no podrá exceder del valor del aprovechamiento, entendiéndose como tal la cantidad que podría obtenerse de los bienes e instalaciones citados si éstos fueran de propiedad privada. Es cierto que el artículo 18 del Real Decreto reproduciendo igualmente la norma contenida en el artículo 378 del mencionado Estatuto Municipal, permite que en casos como el que se enjuicia, pueda establecerse en la Ordenanza Fiscal la posibilidad de concertar con las Empresas explotadoras de servicios la cantidad a satisfacer, tomando como base el valor medio de los aprovechamientos de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca, preceptos reproducidos en la actualidad, en los artículos 210 y 211 del Texto

Refundido de 18 de abril de 1986. La interpretación de dicho Ordenamiento requiere no olvidar el principio general sancionado en el artículo 17, es decir, la tasa grava el aprovechamiento y no puede exceder nunca de su valor, pues admitir lo contrario sería convertir el derecho o tasa en un arbitrio o impuesto, contrariando los artículos 26 y 28 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y con este inexcusable antecedente el artículo 18 faculta en relación a las Empresas explotadoras de servicios que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, la posibilidad de concertar que debe recogerse en la Ordenanza, es decir, se exigen tres requisitos: prestación por las Empresas de servicios al vecindario, estableciendo de esa posibilidad en la Ordenanza y concierto con las Empresas y si alguno de ellos no se produce, es imposible la exacción de la tasa mediante la modalidad que interpretamos. Evidente es que el concierto no puede imponerse unilateralmente, ya que los Ayuntamientos carecen de dicha potestad de imposición para establecer esa modalidad fiscal sin el consentimiento del sujeto pasivo de la exacción, pues requiere por su propia esencia acuerdo de voluntades entre las partes en relación a la cantidad en que se fije el valor medio de aprovechamiento y el impositivo, mera posibilidad fiscal proclamada en la Exposición de Motivos del Estatuto de 1924. Tercero.—Frente a esta conclusión de carácter general y previa, se alega por el Ayuntamiento que la Orden de 31 de mayo de 1977 fijó reglamentariamente dicho valor medio. Esta disposición de carácter adjetivo se dictó en desarrollo del Real Decreto de 30 de diciembre de 1976, no sólo limitado al derecho o tasa que se resuelve ya que se preocupó de otras figuras tributarias, declarando únicamente que el valor medio del aprovechamiento podrá establecerse, provisionalmente, en el 1,50 por 100 como máximo, de los ingresos brutos que obtengan las Empresas dentro del término municipal. Es una mera autorización de la imposición de un tipo fiscal máximo, pero en ningún caso, prescinde de la necesidad de concierto, como ya se ha dicho, porque ello supondría desconocer la norma contenida en el Real Decreto de 1976. Se afirma que las Empresas eléctricas repercuten a los usuarios el importe de la tasa cifrado sobre el 1,50 por 100 circunstancia no probada, siendo de recordar que la Condición General 7.ª de la póliza de abono, aprobada por Real Decreto 1725/1984, de 18 de julio, impidió la repercusión de la tasa en el usuario, sin perjuicio de que su importe sea recogido como un coste más en la propia tarifa y si bien no se desconoce la obligación establecida en el artículo 9.º del Real Decreto 441, de 28 de febrero de 1986, ni la Orden de 30 de abril siguiente, le consta a este Tribunal que si bien la propuesta hecha por el

Ministerio de Industria sobre tarifas eléctricas preveía tal partida como coste de producción, el Consejo de Ministros no lo aceptó; así figura en certificación de la Dirección General de Energía, de fecha 28 de abril de 1987, obrante en el recurso contencioso número 1227 de 1986, razón que impide, una vez más, el percibo de la tasa como establece el Ayuntamiento, recordando al efecto la Circular del Ministerio de Industria y Energía de 8 de abril de 1986, que el problema debatido debe ser resuelto definitivamente en la futura Ley de Financiación de las Corporaciones Locales; razones que obligan a la estimación del recurso contencioso».

Apeló la Corporación Municipal de Parres, que alega que las liquidaciones fueron conformes a la Ordenanza, y ésta a lo dispuesto en los artículos 18 del Real Decreto 3250/1976 y 211 del Texto Refundido de 1986 y 1.º de la Orden Ministerial de 31 de mayo de 1977, según los cuales el contrato a que la sentencia alude es potestativo (y no obligatorio), y que de la certificación a que también alude la sentencia no se deduce que la tasa no se incluya en las tarifas.

Carecería en todo caso de importancia la última alegación, aunque fuera cierta (que no lo es). Lo decisivo es la regulación fiscal de la tasa. Esta Sala, en sentencias como las de 18 de enero, 9 de mayo, 21 y 27 de junio y 26 de septiembre de 1988, y 31 de enero, 15 de febrero, 4, 10 y 17 de marzo, 7 y 18 de abril, 4, 16, 24 y 29 de mayo y 9 de junio de 1989 y ha sentado la doctrina de que la modalidad prevista en el artículo 18 del Real Decreto 3250/1976 era una excepción, aplicable sólo si concurrían todos los requisitos que el artículo 18 establecía, y entre ellos el concierto previo a que aludía. Si no, el importe de las tasas (desde luego, exigibles) había de fijarse conforme ordenaba el artículo 17. Y tal doctrina ha de reiterarse, aun cuando los artículos aplicables sean (como ocurre en la liquidación de que se trata) los artículos 210 y 211 del Texto Refundido de 1986 (ya que de su texto resulta lo mismo que resultaba de los artículos 17 y 18 del Real Decreto 3250/1976), en virtud del principio de unidad de doctrina, manifestación, a su vez, de los de seguridad jurídica e igualdad (arts. 9 y 14 de la Constitución). (Sentencia de 5 de julio de 1989. Sala 3.ª Ortolá Navarro. R. A. 5248.)

2.º *Participación local en impuestos estatales. El Pleno del Cabildo Insular de Tenerife acordó que por la Intervención de Fondos se detrajera de la participación que correspondiera al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en los ingresos por arbitrios insulares cierta cantidad para su entrega a la Mancomunidad Provincial Interinsular con el fin de pagar al Banco de*

*Crédito Local lo adeudado por dicho Ayuntamiento por el préstamo para obras incluidas en el Plan de Obras y Servicios Provincial.*

La temática del presente recurso se circunscribe a determinar si es o no conforme a derecho la Resolución del Pleno del Cabildo Insular de Tenerife de 25 de mayo de 1984, que a instancia de la Mancomunidad Provincial Interinsular de Tenerife, acordó detraer de la participación que correspondía al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en el reparto de los ingresos por arbitrios insulares la cantidad de 55.606.000 pesetas, para entregar a dicha Mancomunidad al objeto de satisfacer la misma los intereses, comisiones y amortizaciones correspondientes al 2.º, 3.º y 4.º trimestres de 1982 y la anualidad de 1983 de un préstamo concertado por ella, el 16 de septiembre de 1977, con el Banco de Crédito Local y que correspondía a la parte del mismo que por subrogación había recibido el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para la financiación de la ejecución de obras incluidas en el Plan Provincial de 1976, que ha sido confirmada por la sentencia de instancia, por entender, el Tribunal *a quo*, en síntesis, que a tenor de la cláusula 8.ª del contrato de préstamo la participación en los arbitrios insulares se había constituido expresamente en garantía del reintegro al Banco prestamista del capital y del pago de sus intereses, comisiones y gastos, que la subrogación del Ayuntamiento en la parte del préstamo destinado a las obras a ejecutar por el mismo venía impuesta por la disposición transitoria 5.ª del Decreto 1087/1976, de 23 de abril y que el mecanismo utilizado para el cobro al Ayuntamiento de la obligación que tenía contraída era la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 20 del mismo Decreto que establece que «en los supuestos en que las Diputaciones Provinciales hayan concertado un préstamo único con el Banco de Crédito Local de España, y siempre que los Ayuntamientos se hayan comprometido previamente, mediante la adopción de los correspondientes acuerdos, a su aportación y ofrecido garantías para su realización, podrían dichas Diputaciones, en caso de demoras injustificadas en la devolución de las cantidades, formular una liquidación por cada Ayuntamiento en la que detallando los respectivos conceptos e importes, solicitarán la retención de las Delegaciones Provinciales de Hacienda, con cargo a las nóminas que las mismas abonen sobre los recargos y participaciones en los impuestos estatales», postulándose por el Ayuntamiento apelado la revocación de la sentencia de instancia y la declaración de nulidad del acuerdo del Pleno del Cabildo, alegando, como fundamento de su pretensión, que no cabe la aplicación analógica de normas por no existir laguna normativa ya que el artículo 661 de la Ley de

Régimen Local –disposición hoy derogada pero aplicable a la sazón– establece en su párrafo primero que las deudas que contraigan las Corporaciones Locales no podrán ser exigidas por el procedimiento de apremio, salvo los créditos liquidados en favor de la Hacienda Pública y los asegurados con prenda e hipoteca, los cuales se tramitarán en la forma que determina el Estatuto de la Recaudación de 29 de diciembre de 1948, y cuyo artículo 114 ha sido recogido esencialmente en el artículo 155 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 que ha derogado el Estatuto y que atribuye la competencia en la vía de apremio a la Tesorería y Delegación de Hacienda, por lo que los créditos de una Hacienda Local contra otra no pueden entenderse comprendidos en la excepción de referencia al no estar asegurados con prenda o hipoteca, y en su consecuencia no se puede proceder al embargo de los recursos municipales, pues no, otra cosa significa la retención acordada por el Cabildo, sin que sea posible hacer aplicación extensiva de una norma excepcional a otros créditos, puesto que se incurriría en contradicción con la propia norma y se valoraría el principio hemenéutico «incluso *unius exclusio alterius*». Alegándose en cambio por el Cabildo, que ha comparecido como parte apelada, que la sentencia de instancia ha realizado una interpretación integradora del artículo 20 del Decreto 1087/1976, totalmente correcta, constituyendo la actuación del Ayuntamiento en vía jurisdiccional un manifiesto abuso de derecho, ya que reconoce la deuda y utiliza todo tipo de subterfugios para dilatar su pago, con el consiguiente perjuicio para los demás Ayuntamientos que integran la Mancomunidad, por lo que debe entrar en juego la regla prevista en el artículo 11-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho.

Planteada así la cuestión litigiosa fácil es observar el mayor peso de los argumentos jurídicos contenidos en la Sentencia apelada y en el escrito de alegaciones del Cabildo, que perfectamente pueden ser compartidos por esta Sala y no se enervan por la afirmación del apelante de que la resolución del Cabildo viola el artículo 661 de la Ley de Régimen Local, pues independientemente de que no pueda hablarse de que la deuda del Ayuntamiento haya sido exigida por la vía de apremio, es lo cierto, además, que tal precepto permite su utilización cuando se trata de créditos liquidados a favor de la Hacienda Pública y por tal puede entenderse no sólo la Hacienda estatal sino cualquier otro que merezca el calificativo de pública, y el extraer del Decreto 1087/1976, de 23 de abril, unos principios generales para resolver el litigio entre las Corporaciones de autos

es absolutamente loable, ya que los mismos constituyen fuente del ordenamiento jurídico administrativo aplicable en defecto de normas escritas, sin olvidar, por otro lado, el principio general de la buena fe que debe prevalecer siempre en cualquier tipo de relación sujeta al derecho administrativo y que difícilmente pueda decirse haya sido observado por la entidad apelante. (Sentencia de 23 de enero de 1989. Sala 3.<sup>a</sup> Madrigal García. R. A. 5492.)

3.º *Plusvalía. No es posible realizar correcciones monetarias sin la determinación del valor inicial del período de imposición en tanto que el Gobierno no acuerde la aplicación de tales correcciones monetarias*

Las cuestiones debatidas en las Sentencias comparadas con distintas soluciones, son: si al producirse la liquidación del arbitrio municipal de plusvalía, es preciso que el valor inicial de los terrenos se actualice conforme al incremento porcentual experimentado por el índice de coste de la vida, según datos del Instituto Nacional de Estadística (tesis de la Sentencia impugnada en el presente recurso de revisión), o, por el contrario, tal corrección sólo es posible cuando medie acuerdo en tal sentido del Consejo de Ministros, sin que sea factible aquella corrección ni aun en el caso de liquidaciones individualizadas y aisladamente caso por caso (tesis de las Sentencias mencionadas de esta Sala y de la Audiencia Territorial de Barcelona).

La cuestión debatida ha sido examinada y resuelta por esta Sala—Sentencias de 24 de febrero, 9, 10, 23 y 27 de marzo y varias de 2 de julio de 1987, 13 de julio y 22 de noviembre de 1988 entre las más recientes— sentando la siguiente doctrina: a) el mecanismo de corrección automática del valor inicial en función del índice ponderado del coste de la vida establecido en la Base 27-11 de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 19 de noviembre de 1975 y en el artículo 92-5 del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, fue derogado a partir de 10 de junio de 1978 por el artículo 3-2 del Real Decreto-ley de 7 de junio de 1978, estableciendo en su lugar en el artículo 4.º una autorización al Gobierno para aplicar esas correcciones automáticas en la determinación del valor inicial del período impositivo; b) por tanto, la evolución normativa queda reflejada así: 1) el sistema del artículo 512-3 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1955, que autorizaba al Gobierno para hacer entrar en cuenta las fluctuaciones del nivel general de precios en la determinación del valor rigió hasta el 10 de junio de 1978: 2) el procedimiento de la Base 27 de la Ley de 1975 y del artículo 92-5 del Real Decreto 3250/1976, no ha llegado a regir nunca y fue sólo una declaración de propósito,

porque su régimen quedó en suspenso con arreglo a la Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup>-2, que dispone continuarán vigentes con carácter transitorio los artículos 510 a 524, ambos inclusive, de la Ley de Régimen Local de 1955, y 3) a partir del 10 de junio de 1978 rige el sistema del Real Decreto-ley de junio de 1978, que sustancialmente se repite en el artículo 355-5 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; c) no cabe tampoco la posibilidad singular y particularizada de hacer la corrección monetaria en cada caso, pues este sistema es mucho más complejo que la corrección automática teóricamente patrocinada por la Base 27-11 de la Ley 41/1975 y el artículo 92-5 del Real Decreto 3250/1976, y con carácter general, el sistema tributario español prescinde de los efectos de la inflación o la deflación sobre los gravámenes, supuesto que una y otra comportan beneficios y perjuicios recíprocos para el Fisco y para el contribuyente, variables y en cierta forma compensable, por lo que la corrección monetaria sólo tiene lugar cuando, excepcionalmente, ese presunto equilibrio queda roto en términos esenciales.

En consecuencia, declaramos que la doctrina pertinente es la fijada en las Sentencias traídas a confrontación con la impugnada en revisión, consistente en que no es posible realizar correcciones monetarias en la determinación del valor inicial del período de imposición en el Impuesto Municipal sobre Incremento del Valor de los Terrenos, en tanto que el Gobierno no acuerde la aplicación de tales correcciones monetarias.

Como la sentencia impugnada por esta vía procesal sostiene una interpretación legal distinta a la que estimamos correcta y ajustada a derecho, que es la que, en cambio, han seguido las otras sentencias traídas a confrontación, ante esa contradicción procede estimar el presente recurso de revisión.

De conformidad a una extensa doctrina jurisprudencial —desde la Sentencia de 7 de junio de 1963 hasta la reciente de la Sala Especial de Revisión al Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1987—, no se hace remisión al Tribunal de origen y se procede a dictar el fallo adecuado, sin que, según lo dispuesto en el artículo 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se haga expresa condena en costas; y si se acuerda la devolución del depósito, según ordena el párrafo segundo del artículo 1799 de dicha Ley. (Sentencia de 27 de junio de 1989. Sala 3.<sup>a</sup> Fernández Santamaría. Recurso Extraordinario de Revisión. R. A. 5515.)

#### IV. EMPLEO PUBLICO

- 1.º *Acuerdo del Parlamento de Navarra sobre Normas de Desarrollo del Estatuto del Régimen y Gobierno Interior. Derechos económicos del personal contratado en régimen administrativo*

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Promovido recurso contencioso-administrativo por don Moisés B. G. contra el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra de 23 de enero de 1986 por el que se inadmitió el recurso de reposición interpuesto: *a)* contra el Acuerdo del mismo órgano adoptado en sesiones de 17 de octubre y 19 de noviembre de 1985 por el que aprobaron las «Normas sobre Desarrollo del Título III, Capítulo VI, Sección 2.ª del Estatuto de Régimen y Gobierno Interior del Parlamento de Navarra», aprobado el 27 de diciembre de 1983 y publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Navarra el 17 de enero de 1984, *b)* contra el acto de aplicación de la nómina del mes de diciembre de 1985, la Sala de instancia desestimó el recurso, contra cuya Sentencia interpuso el recurso de apelación que aquí se examina, alegando como primer motivo de apelación que tales «Normas de Desarrollo» por constituir una Disposición de rango inferior al Estatuto y para su aplicación, incumple el principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la Constitución porque la redacción de tales Normas imposibilita el cumplimiento de la Disposición Transitoria 4.ª del citado Estatuto dado que la aplicación del régimen retributivo que establecen supone una disminución de las retribuciones del demandante.

La mera lectura o examen aislado de la Disposición Transitoria 4.ª no es suficiente a los efectos pretendidos de declarar la nulidad de las Normas de Desarrollo impugnadas puesto que requiere el estudio del conjunto de normas que constituyen el Estatuto de Régimen y Gobierno Interior del Parlamento de Navarra de 1983 y demás Normas que regulan la reglamentación de la Función Pública en este caso concreto basta la lectura de los artículos 18.5 y 54.1 del citado Estatuto para poner de manifiesto que la citada norma carece de cobertura a los efectos pretendidos por el apelante, puesto que el artículo 18.5 dispone que el personal contratado en régimen administrativo se regirá por las disposiciones específicas que para los mismos se dicten y lo establecido en el correspondiente contrato, delegación normativa contenida también y en los mismos términos en el artículo 92 de la Ley Foral 13/1983 y en el

54.1 del mismo texto legal señalado en primer lugar que los funcionarios del Parlamento de Navarra serían retribuidos en la forma y cuantía que se especifica en el presente Estatuto y en la normativa dictada en desarrollo del mismo, por lo que ha de ser desestimada la impugnación indirecta de los artículos 13 y 14 y Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> de las referidas «Normas de Desarrollo» impugnadas.

Aunque como pone de manifiesto la parte apelada el apelante reconoce en su escrito de alegaciones que era contratado administrativo al servicio del Parlamento, también es cierto que al exponer los argumentos dirigidos a impugnar el acto de aplicación de la nómina correspondiente al mes de diciembre de 1985 matiza que su relación era muy singular, relacionando una serie de circunstancias que en contra de lo pretendido no varían su situación de contratado administrativo en el Parlamento, porque como el mismo apelante reconoce la Diputación Foral se negó a transferirle y el demandante contrató con el Parlamento a título particular, sin otra intervención que quienes concertaron el contrato, es decir, el Parlamento y el señor B. que lo formalizaron en septiembre de 1983 y por tanto no podía serle aplicada la Disposición Transitoria 6.<sup>a</sup> de la Ley Foral 13/1983, de 30 de marzo, que sólo operaba en favor de quienes hubiesen sido transferidos a la entrada en vigor de la misma.

Que el 27 de octubre de 1983 la Diputación Foral en razón del contrato administrativo concertado por don Moisés B. con el Parlamento, adoptara el acuerdo de declararle en situación de servicios especiales desde el 13 de septiembre de 1983 no podría tener otra trascendencia según la Ley Foral 13/1983 citada que computar a todos los efectos al señor B. el tiempo que permaneciese en tal situación y tener derecho a la reserva de plaza que ocupara —art. 24.2— debiendo incorporarse al servicio activo en su plaza de origen dentro de los treinta días siguientes al cese para el que había sido elegido o designado —art. 24.6—. Tampoco puede ser aplicado el artículo 24.1 que dispone que los funcionarios se hallarán en situación de servicios especiales cuando sean adscritos al servicio de los órganos del Parlamento de Navarra por ser un supuesto diferente al aquí contemplado porque a tal declaración de la Diputación Foral no pudo afectar a la situación jurídica del contratado administrativo con respecto al Parlamento, al ser un acto unilateral de la Diputación Foral según ha quedado expuesto.

La impugnación del acto de aplicación de la nómina correspondiente al mes de diciembre de 1985 la fundamenta en que los derechos económicos de los contratados administrativos son los vigentes en la fecha de la prestación del servicio y que la fecha del

Acuerdo de la Mesa de adscripción en régimen de contratación fue el 28 de octubre de 1985 y la publicación de las Normas de Desarrollo el 11 de diciembre del mismo año, percibiendo las nóminas de octubre y noviembre de 1985 sin ninguna reducción, que se produjo por primera vez el 31 de diciembre de 1988, hechos éstos que añadidos –sigue diciendo el apelante– a que había finalizado la vigencia del contrato anterior sin precisar concretamente el importe de las remuneraciones hace que los derechos económicos que le correspondían eran los vigentes a la fecha inicial, no siendo válida la modificación de la retribución operada en perjuicio del demandante una vez vigente la nueva relación contractual al cabo de dos meses de haber comenzado la misma.

La Sesión de la Mesa del Parlamento de 28 de octubre de 1985 que acordaba adscribir en régimen de contratación administrativa de un año de duración a don Moisés B. ya adelantaba que «el régimen económico del contrato sería el establecido en el vigente Estatuto de Régimen y Gobierno Interior, siendo especificada su cuantía y conceptos en concreto en la próxima Sesión de la Mesa que examine la aplicación de las Normas contenidas en la Sección 2.ª del Capítulo VI del Título III del referido Estatuto» Normas de desarrollo que fueron aprobadas por la Mesa del Parlamento en sesiones de 17 de octubre y 19 de noviembre de 1985 y formalizando el contrato con el demandante el 6 de diciembre de 1985, en el que –como pone de manifiesto la Sentencia apelada– se especifican con todo detalle la remuneración bruta anual que ha de percibir el contratado desglosando los conceptos con todo detalle y que así mismo podrá percibir las remuneraciones que señalan las Normas de Desarrollo para el personal contratado administrativamente.

Si a esto se une como ha quedado expuesto que el artículo 18.5 del Estatuto de Régimen y Gobierno Interior del Parlamento de Navarra de 1983 al igual que la Ley Foral 13/1983 en su artículo 92 dispone que el personal contratado en régimen administrativo se regirá por las disposiciones específicas que para los mismos se dicten y lo establecido en el correspondiente contrato añadiendo el artículo 18.5 citado «con la única limitación que sus remuneraciones no sean inferiores al 90 por 100 de las retribuciones básicas que correspondan al funcionario que desempeña el puesto de trabajo», ha de declararse la corrección de la nómina impugnada puesto que el contrato concertado el 6 de diciembre de 1985, no puede relacionarse con el anterior ya extinguido estando el de 1985 perfectamente delimitado en su alcance no sólo en el momento de la formalización del mismo sino también el 28 de octubre del mismo año que no vinculaba al aquí apelante en tanto no manifestara

expresamente su aceptación, sin que sea semejante este supuesto al contemplado en la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1984 como se desprende de la mera lectura de los hechos que concurren en cada una de las litis. (Sentencia de 29 de mayo de 1989. Sala 3.ª Garayo Sánchez. R. A. 5642).

2.º *Equiparación de retribuciones de los funcionarios transferidos con los funcionarios propios de la Comunidad Foral de Navarra. Voto particular que formula el Magistrado Rodríguez García y al que se adhiere el Magistrado Cáncer Lalanne.*

La Comunidad Foral de Navarra pretende que se revise la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona el día 16 de junio de 1987, en la que se declara el derecho de unos funcionarios de la Administración del Estado transferidos a la Administración de la Comunidad Foral a ser integrados en los niveles y grados propios de la Comunidad y a que se les apliquen las mismas retribuciones que perciben los funcionarios forales respectivos, todo ello con efecto retroactivo al momento de su transferencia.

El primero de los motivos de revisión alegados por la Comunidad Foral de Navarra se funda en el artículo 102-1 b) de la Ley de la Jurisdicción, al entender que en ella se hacen pronunciamientos que son contrarios a los contenidos en las Sentencias de la misma Sala de 15 de septiembre y de 4 de octubre de 1986.

Siendo evidente el opuesto sentido de las partes dispositivas de las Sentencias dictadas, así como que se trata en ellas de litigantes en idéntica situación, alegando hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, estas circunstancias nos obligan a determinar cuál sea la doctrina correcta.

En efecto, tanto en la Sentencia cuya revisión se solicita como en las aportadas como término de comparación, la cuestión debatida es la de si las diferencias de retribuciones entre los funcionarios originarios de la Comunidad Foral de Navarra y los transferidos de la Administración del Estado vulneran el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

Este Tribunal Supremo ha expresado su criterio sobre el tema en Sentencia de 15 de diciembre de 1986, en la que se decía que la diversidad de condiciones básicas entre unos y otros funcionarios no son sustanciales a efectos de justificar la discriminación retributiva, citándose, además, para destacar la necesaria igualdad de retribuciones, que el artículo 12 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984 preceptúa, imperativamente, la integración plena de los funcionarios transferi-

dos a las Comunidades Autónomas, el respeto a sus derechos y la garantización de las igualdades entre todos los funcionarios de la Comunidad Autónoma con independencia de su Administración de procedencia.

Esta doctrina, que ratificamos como correcta, no ha sido desmentida, como pretende demostrar la parte recurrente, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1987, ya que en ésta no se trataba específicamente del principio de igualdad aplicado al ámbito de las retribuciones, sino de determinar si procedía aplicarlo a la vista de las diferencias que se acusaban entre los planes de homologación imputables a la Diputación Foral de Vizcaya, el previsto para el personal procedente de la Administración Civil del Estado y el relativo al transferido de las Instituciones Comunes del País Vasco, es decir, se comparaban los planes generales de la Administración ante dos situaciones que los interesados consideraban igual, mientras que en el caso resuelto por la citada Sentencia de 15 de diciembre de 1986 el problema de la identidad se refería estrictamente a la igualdad de funciones de los dos colectivos de funcionarios y a la precisión de que por eso se les retribuyera en cuantía también igual, independientemente del sistema que se hubiera podido seguir con otros funcionarios también transferidos.

En segundo lugar, la entidad demandante invoca los epígrafes 102-1 a) y g) de la Ley de la Jurisdicción y, bajo el concepto genérico de incongruencia, articula una serie de defectos que a su entender son integrables en este vicio procesal.

Comienza denunciando, a tal efecto, que hay contradicción entre las decisiones de la parte dispositiva de la Sentencia, señalando que no hay identidad entre los conceptos retributivos y los de nivel y grado existentes en la Comunidad y los que rigen en la Administración del Estado, creando problemas incluso de ejecución de la Sentencia.

Frente a ello basta con objetar, primero, que desde luego no puede equipararse la idea de contradicción de las disposiciones que puedan contenerse en el fallo de una Sentencia, de modo que se excluyan mutuamente, con las meras dificultades, bien de comprensión de su sentido exacto o de sus posibilidades de llevarla a puro y debido efecto.

En atención a ello, es de apreciar que no sólo no existe contradicción alguna en el fallo, sino que incluso se aparece como claramente comprensible cuál sea su auténtico y unívoco sentido, como lo acredita que el propio Gobierno de Navarra ya tiene adoptado medidas ejecutivas de la misma y de otras que se han pronunciado en igual sentido.

Afirma también la Comunidad Foral recurrente que las materias que se trataron en el proceso exceden del ámbito propio del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

El recurso de revisión tiene la naturaleza de excepcional y extraordinario, sometido a un régimen jurídico de motivos tasados legalmente en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción, en ninguno de los cuales tiene debida cobertura una alegación como la indicada.

Se aduce también la incongruencia entre motivación y fallo, porque en otras Sentencias anteriores la misma Sala había utilizado iguales fundamentos jurídicos para llegar a una solución contraria a la contenida en la de 16 de junio de 1987. Este argumento desconoce el hecho de que la motivación de éste no es la contenida en las Sentencias anteriores, sino el criterio jurisprudencial que había expresado el Tribunal Supremo.

En cuanto a la denominada «incongruencia interna», observamos que toda la argumentación del recurrente gira en torno a lo que llama «interpretación distorsionante y, principalmente, parcial de la Ley 30/1984», es decir, que intenta plantear una cuestión que no atañe a la congruencia, sino al criterio interpretativo acogido por el Tribunal.

Por lo que se refiere a la idea de que no se resuelve en la Sentencia la cuestión relativa a la inexistencia de igualdad jurídica, implica simplemente que en ellas se mantiene que existe una situación de igualdad con relevancia constitucional que la parte niega, lo que supone también, en definitiva, una diferencia de apreciación jurídica no analizable por el estricto cauce de la revisión.

No procede hacer especial hincapié en lo que se refiere a la afirmada incongruencia por falta de correlación entre pretensión y fallo. A ella nos hemos referido al hablar de la acusada contradicción en el fallo, puesto que también ahora se intenta darle a la expresión Cuerpos y Escalas de funcionarios una relevancia sustancial de la que carece, así como al diverso régimen jurídico de los grados y niveles existentes en ambas Administraciones, la estatal y la foral.

En resumen, lo que se sostiene como doctrina correcta es la que dentro del ámbito de una determinada Administración, sea la central o la de cualquiera de los entes autonómicos, la identidad de función obliga constitucionalmente a una igualdad de trato retributivo entre los pertenecientes a una misma Administración, en tanto en cuanto que permanezcan adscritos a la misma, viniendo aquélla obligada a adoptar todas las medidas legalmente a su alcance que vayan en la dirección mencionada, incluso las de promover, si fuere

necesario, los cambios legislativos precisos y sin perjuicio, naturalmente, de la libre decisión a adoptar por el legislador, no controlable en vía jurisdiccional ordinaria.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### (Voto particular)

La doctrina patrocinada por la mayoría, a propósito del motivo de revisión previsto en el apartado *b)* del artículo 102.1 de la Ley de esta Jurisdicción, y que se contiene resumidamente en el párrafo último del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia, a igualdad de función igualdad de trato retributivo entre los funcionarios pertenecientes a una misma Administración, a primera vista parece impecable. A pesar de ello creo que no ahonda, dicho sea con la máxima consideración, en el problema planteado por la Comunidad Foral de Navarra y que como consecuencia no tiene en cuenta los derechos históricos de ésta que la Constitución ampara y respeta en su disposición adicional primera y de los que se hace eco la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Creo que para enjuiciar este motivo de revisión, que desde luego se encuentra formalmente bien planteado en razón de las identidades subjetiva y objetiva de las Sentencias enfrentadas, y discernir por tanto si el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución demandada efectivamente que se considere correcta la solución patrocinada por el Tribunal *a quo* —integración de los recurrentes en los niveles y grados funcionariales propios de la Comunidad Foral con aplicación de las mismas retribuciones que perciban los funcionarios forales y efectos retroactivos al momento en que se produjo su transferencia—, es preciso efectuar un breve recorrido por la normativa reguladora de la función pública de Navarra y disposiciones del Estado relacionadas con la cuestión controvertida, a partir de la promulgación del texto constitucional.

La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en lo sucesivo LORAFNA), atribuye a esta Comunidad Foral competencia exclusiva para establecer el régimen estatutario de sus funcionarios, sin otro límite que el respeto a los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos [art. 49.1 *b)*]. A los funcionarios de la Administración del Estado —o de otras Administraciones Públicas— transferidos a la Comunidad Foral se refiere la disposición transitoria cuarta, número 3, para asegurarles el respeto a los derechos que les correspondan en el momento de la transferencia. Fruto de la competencia

asumida en el artículo 40.1 b) de la LORAFNA es la Ley Foral 13/1983, de 30 de marzo, por la que se regula el Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, en cuyo título II, capítulo VIII, sección 2.ª, se regula el régimen retributivo de los funcionarios forales.

Esta neta separación entre el régimen estatutario –no sólo retributivo– de los funcionarios forales y funcionarios transferidos se debilita con la entrada en vigor de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, al establecer en ella que los funcionarios transferidos pasarán a depender orgánica y funcionalmente de las Comunidades Autónomas, en las que se integrarán como funcionarios propios de éstas. Mas, a pesar de ello, no se produce la equiparación retributiva entre unos y otros, pues los funcionarios estatales transferidos siguen teniendo los mismos derechos económicos que correspondan a los de sus Cuerpos o Escalas de procedencia (arts. 24 y 25).

El paso definitivo lo da, con carácter general, la Ley 30/1984, al definir las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en desarrollo del artículo 149.1.18.º de la Constitución, y recalco con carácter general porque esta Ley no es aplicable en Navarra en términos absolutos sino de la forma matizada que previene su disposición adicional 14.

A partir de la Ley 30/1984, los funcionarios transferidos se integran «plenamente» en la organización de la función pública de las Comunidades Autónomas y se garantiza como consecuencia «la igualdad» entre todos los funcionarios propios de éstas, con independencia de la Administración de procedencia (art. 12). Como, por otro lado, la cuantía de las retribuciones básicas, cuya fijación corresponde al Estado a través de las Leyes de Presupuesto, es igual en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifica los Cuerpos, Escalas, categorías o clases de funcionarios (art. 24) e iguales los conceptos de las retribuciones complementarias, la igualdad retributiva entre todos los funcionarios públicos, cualquiera que fuere la Administración en que se prestan servicios, queda asegurada, sin otras fisuras –que no son tales– que las derivadas de las retribuciones complementarias, por venir determinadas por el nivel del puesto de trabajo desempeñado, condiciones particulares de algunos de estos puestos, especial rendimiento con el que el funcionario desempeñe su puesto de trabajo o por los servicios extraordinarios que se vea obligado a prestar y en último término por las limitaciones presupuestarias de cada Administración Pública (arts. 23 y 24).

Ahora bien, este régimen retributivo igualitario entre todos los funcionarios propios de las Comunidades Autónomas, con inde-

pendencia de la Administración de procedencia, es sumamente problemático que resulte aplicable en Navarra, pues aunque la Ley 30/1984 debe observarse en esta Comunidad Foral en los términos establecidos en el artículo 149.1.18 de la Constitución, tal aplicación también debe tener en cuenta, y así lo recuerda su disposición adicional decimocuarta, la disposición adicional primera de la Constitución y la LORAFNA. Por eso el Real Decreto 2356/1984, de 19 de diciembre, en el que se establecen las normas reguladoras sobre transferencia de los servicios estatales a Navarra, dispone en su artículo 7.º que los funcionarios transferidos a la Comunidad Foral se integrarán —nótese que no dice «plenamente», en contraste con lo preceptuado por el artículo 12.1 de la Ley 30/1984— en la organización de la función pública de ésta en unos términos que, en lo que ahora interesa, no abonan la doctrina preconizada por la mayoría, pues la Comunidad Foral sólo viene obligada a respetar los derechos económicos de los funcionarios transferidos inherentes al grupo y grado personal que tuvieren reconocidos en el momento de la transferencia, lo cual revela, en armonía con lo prevenido en la disposición transitoria cuarta, número 3, de la LORAFNA, que el régimen retributivo de aquéllos es el establecido en la Ley 30/1984 y disposiciones dictadas o que se dicten en cumplimiento y desarrollo de esta Ley, sin perjuicio de que las instituciones forales, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan tomar las decisiones que estiman oportunas para regular la equiparación retributiva de los funcionarios transferidos con los funcionarios forales.

Precisado el marco constitucional y legal en el que debe valorarse el motivo de revisión que se examina, creo puede llegarse a la conclusión de que la doctrina patrocinada por la sentencia de la que disiento no encuentra un sólido apoyo constitucional. No corresponde analizar si Navarra viene obligada, en los términos que previene el artículo 11 de la Ley 30/1984, a ordenar su función pública propia respetando los grupos establecidos en el artículo 25 y las bases del régimen de retribuciones contenidas en los artículos 23 y 24 de esta Ley, pero sí poner de relieve que la igualdad retributiva postulada por quienes fueron recurrentes ante al Audiencia Territorial de Pamplona, por cierto referida sólo a dos conceptos de las retribuciones personales básicas de los funcionarios forales —niveles y grados— no viene exigida por el principio de igualdad jurídica proclamado en el artículo 14 de la Constitución. La cuestión podría discutirse en el terreno de la igualdad material, a que se refiere el artículo 9,2 de la Constitución, que es cosa distinta, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 29/1987, de 6 de marzo, en la que se dice que «el legislador puede,

legítimamente, establecer distinciones según criterios diversos a los de la función, tratando de manera desigual a los desiguales conforme a dichos criterios, concretamente, aquí, el de la Carrera o Cuerpo de procedencia», doctrina que puede ser aplicada a este caso en el que también se ha pretendido —y logrado— un tratamiento retributivo igual entre funcionarios procedentes de diferentes Cuerpos. (Sentencia de 11 de abril de 1989. Sala Especial de Revisión. Trillo Torres. R.A. 5956.)

## V. ACTOS ADMINISTRATIVOS

- 1.º *Condicionamiento de licencias. La legalidad de la condición depende de que su contenido sea o no una exigencia del planeamiento. Las condiciones deben ser introducidas por virtud de las urgencias del principio de proporcionalidad.*

La licencia urbanística es un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico, tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente: si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad —art. 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo—, es claro que este derecho ha de ejercitarse «dentro de los límites y con cumplimiento de los deberes» establecidos por el ordenamiento urbanístico. Licencia la examinada de naturaleza rigurosamente reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable —art. 178.2 del Texto Refundido—.

En consecuencia, la jurisprudencia —así Sentencia de 2 de febrero de 1989— sólo admite la posibilidad de otorgar las licencias introduciendo en ellas condiciones cuando éstas integran *condiciones iuris*, es decir, cláusulas que eviten la denegación mediante la incorporación a la licencia de exigencias derivadas del ordenamiento vigente y que, sin embargo, no aparecían en la petición formulada por el administrado. Con estas *condiciones iuris* se hace viable el otorgamiento de la licencia adaptando, completando o eliminando extremos de un proyecto no ajustado a la ordenación urbanística, siendo de añadir que tales condiciones «deben» ser introducidas precisamente por virtud de las exigencias del principio de la proporcionalidad —arts. 106.1 de la Constitución, 84.2 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril, y 6.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales—.

En el supuesto litigioso se discute la validez de la condición impuesta a la Sociedad hoy apelante y por cuya virtud las plantas de semisótano necesariamente habrían de dedicarse al uso de garajes sin poder utilizarse como locales comerciales.

Dado que la legalidad de esta condición, en los términos de la doctrina ya expuesta, depende de que su contenido sea o no una exigencia del planeamiento, será de indicar que no se han aportado por las partes los textos de las Ordenanzas del Plan Parcial aplicable ni tampoco de la normativa del Plan General que se ha venido invocando, seguramente porque el peso de la argumentación ha recaído sobre la consecuencia del principio de igualdad.

Así las cosas, será de señalar:

A) La diligencia de reconocimiento judicial ha acreditado la existencia de distintos edificios sitios en la zona litigiosa –polígono Las Acacias– y en los que bajo la rasante aparecen plantas con oficinas, despachos, locales comerciales, guardería infantil, etc. –folio 39 de los autos–.

B) Tales edificios se han construido amparados por licencia –folio 37 de los autos–.

C) La situación descrita ha podido tener su origen en el silencio que al respecto y al parecer guarda el Plan Parcial aplicable –folio 30 del expediente– y en la disposición física del terreno en el que las parcelas aparecen «con fuertes pendientes» –folio 12 del expediente–.

Existe, pues, un claro conjunto de precedentes que acredita que la ordenación aplicable ha venido siendo interpretada en el sentido de permitir en las plantas indicadas usos diferentes de los de garaje o instalaciones al servicio del edificio.

Ya en este punto será de recordar que la escasa funcionalidad de la costumbre en el campo del Derecho Administrativo se ve compensada por la eficacia que se atribuye al precedente: el criterio mantenido por la Administración al resolver con anterioridad asuntos análogos puede alcanzar fuerza vinculante en atención a las exigencias del principio de igualdad –arts. 14 de la Constitución, 84.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril, y 2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Ciertamente, la equiparación en la igualdad sólo opera dentro de la legalidad, pero naturalmente los precedentes, en cuanto actos administrativos, gozan de una presunción de legalidad que ha de ser destruida si se pretende eliminar su virtualidad.

En el supuesto litigioso, los datos recogidos en el anterior fundamento implican que ante el silencio de las Ordenanzas del Plan

Parcial, el Municipio ha venido sentando un determinado criterio interpretativo cuyo abandono hubiera exigido un terminante razonamiento justificativo de la ilegalidad de una interpretación reiteradamente sostenida. No se ha acreditado tal ilegalidad y, por tanto, el carácter reglado de la licencia urbanística excluye la viabilidad de la condición aquí discutida. (Sentencia de 8 de julio de 1989. Sala Tercera. Delgado Barrio. R.A. 5592.)

## VI. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 1.º *Subasta de fincas. Adjudicación a proposición económica menos ventajosa. Licitador único. Improcedencia de dejar sin adjudicar, reservándose para sí las parcelas de propiedad municipal subastadas*

Delimitados de esta forma los términos del debate, procede examinar la legalidad de los actos impugnados, en cuanto decidieron no adjudicar, reservándolos para el Ayuntamiento como bienes de propios, determinadas parcelas respecto de las cuales la actora, como única licitadora de las mismas había formulado proposición o postura. El Ayuntamiento basa su decisión según explica la contestación a la demanda en razones de interés público que se concretan en el tenor literal del acuerdo recurrido en la siguiente manera: «Las personas que han pujado por estas parcelas no son agricultores ni han cultivado nunca las parcelas, existen fundadas sospechas de que si se adjudican nunca serían cultivadas a uso y costumbre de un buen labrador, las personas que han pujado son los mayores propietarios actuales de fincas de la vega de esta villa y su término y no las cultivan como corresponde, no hacen plantación de huerta, sino de secano, cereal, dejando barbechos de un año para otro sin ser necesarios, no limpian las acequias y canales de riego, perjudicando a otros vecinos. Frente a tal decisión y motivación municipal el recurso debe prosperar sin mayores esfuerzos. En efecto, "el interés público" es un concepto jurídico indeterminado, que en cada actuación administrativa tiene una única, precisa y concreta proyección, no siendo admisible que la Administración lo interprete y plasme discrecionalmente. En el presente caso, las razones en que cifra el Ayuntamiento demandado el interés público resultan de todo arbitrarias y caprichosas, y no están en absoluto habilitadas o amparadas por normas legales, reglamentarias, ni siquiera por el pliego de condiciones particulares de la subasta, por lo que procede rechazar la pretensión, haciendo abstracción de su certeza o realidad, muy dudosa en algunos aspectos a la luz del resultado de

las probanzas practicadas en autos y la propia matización que la Corporación hace de otros con el empleo del término "sospechas". Por otra parte, el acuerdo recurrido choca con determinados preceptos reglamentarios, a saber: el 14 del vigente Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por D. de 9-1-1953 que establece que en la subasta la licitación versará sobre un tipo expresado numéricamente y el remate se adjudicará definitivamente a la oferta que, ajustándose al pliego de condiciones, represente mayor ventaja económica, así como el artículo 44.3 del mencionado Reglamento a cuyo tenor cuando en las subastas y concurso-subastas sólo se hubiere admitido un solo licitador, habrá de hacerse la adjudicación en favor del oferente siempre que se ajuste al tipo fijado o lo mejore». Ciertamente la recurrente cumplía las condiciones particulares del pliego aprobado para regir la subasta, lo que no se niega por el Ayuntamiento de Peñascosa que además la admitió a la subasta y adjudicó otras parcelas, ajustándose igualmente la proposición al tipo fijado en cada caso, circunstancia que tampoco niega el Ayuntamiento, y siendo todo ello así debió hacerse la adjudicación a favor de la misma. Finalmente, al decidir la Corporación no realizar tal adjudicación y reservarse para sí como propios los bienes subastados se produjo una revocación o anulación, de oficio, de los propios actos anteriores por virtud de los cuales se había acordado la enajenación y subasta fuera del procedimiento legalmente establecido –art. 53 de LBR en relación con los arts. 109 y 110 LPA.

En cambio ninguna motivación ofrece expresamente el acto recurrido cuando resuelve adjudicar otra parcela subastada a don Sabino G.P., cuya proposición era económicamente menos ventajosa que la de la actora; volviendo nuevamente en la contestación a la demanda, con expresa cita del artículo 11 del Reglamento de Contratación antes mencionado, a argumentar razones de interés público; afirmando que tuvo en cuenta la mejor calidad de la puja de aquél, al ajustarse más y mejor a las condiciones establecidas: es vecino de Peñascosa, la recurrente no; es cultivador directo de la parcela en cuestión desde hace más de cinco años, la recurrente no; vive de la agricultura y es presumible que continúe, no así la recurrente. Pues bien, debe señalarse esta última afirmación no está conectada con condición alguna expresamente recogida para la subasta, aunque el pliego de condiciones particulares si establecía que para poder concurrir a la misma es imprescindible ser o haber sido vecino de esta villa de Peñascosa (primera) y que tendrían derecho preferente de adquisición aquellos vecinos que hayan sido cultivadores directos de las fincas, de cuya enajenación se trata, en los últimos cinco años (segunda). Dicho esto, la

afirmación de que la recurrente no es vecina de Peñascosa para desestimar su proposición resulta contraria a los propios actos de la Corporación al admitir la concurrencia de aquélla a la subasta de otras fincas y adjudicándose las, no pudiendo en buena lógica negarse al cumplimiento de tal requisito en unos casos y afirmarse en otros. Pero es que además, el requisito hace referencia también al «haber sido vecino de Peñascosa», estando acreditado por medio de certificación del propio Ayuntamiento que la recurrente estuvo empadronada en el municipio desde el año 1924 al año 1930, y en consecuencia el requisito quedaría cumplido. De otro lado, y respecto a la concurrencia de un derecho preferente en favor del postor que resultó adjudicatario consistente en haber sido cultivador directo de la finca de, cuya enajenación se trata, en los cinco últimos años, ello viene desmentido por el resultado de los medios de prueba practicados: certificación de la Cámara Agraria Local acreditativa de no constar antecedente alguno de que la parcela en cuestión fuera cultivada en alguna ocasión por dicho postor, figurando en cambio a nombre del causante de la actora (folios 25 y 63): certificación del INSS que prueba que dicho postor percibía pensión por el concepto de jubilación con cargo al Régimen Especial Agrario por cuenta ajena desde el año 1977 (folio 51), y en último término, respuestas de uno de los testigos propuestos en el sentido de que con anterioridad a la adjudicación, tal postor no cultivaba la referida parcela o finca, que era utilizada por los herederos de don Samuel F.F. (folio 69); todo lo cual permite estimar siquiera indirectamente que en dicho postor no concurría el requisito preferente. De ahí que en igualdad de condiciones entre el mismo y la actora debió efectuarse la adjudicación en favor de ésta de modo automático al haber presentado la proposición u oferta más ventajosa económicamente de conformidad con los artículos 14 y 44.2 del Reglamento de Contratación antes mencionado y condición tercera del pliego que regía la subasta; al no hacerlo así la Corporación vulneró tales normas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### *(Tribunal Supremo)*

Se refieren las presentes actuaciones a una subasta para la enajenación de unas determinadas parcelas por el Ayuntamiento de Peñascosa. Los actos administrativos aquí impugnados resolvieron no adjudicar algunas de las indicadas parcelas a la recurrente. La Sala de instancia ha declarado no ajustados a Derecho los expresados actos administrativos y ordena que se adjudiquen a la actora las parcelas litigiosas. Entendió, fundamentalmente, la Sala Territo-

rial que no eran jurídicamente correctas las razones tenidas en cuenta por el Ayuntamiento de Peñascosa para dictar los actos combatidos ya que éstos infringían preceptos del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales 1953.

En su escrito de alegaciones el Ayuntamiento interesado no trata de desvirtuar la afirmación fundamental de la Sentencia apelada de que en el supuesto enjuiciado lo resuelto por el referido Ayuntamiento implica la infracción de los preceptos del antes expresado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que se concretan en los fundamentos de derecho de la indicada Sentencia. Insiste el Ayuntamiento en sostener que actuó por entender que así se lo exigía el interés público. Afirma el indicado Ayuntamiento en el escrito que se viene examinando que la recurrente «es una señora mayor que reside en la capital de la provincia y que carece de interés por las tierras, encontrándose abandonadas las que ya posee, habiendo sido el sentir general desde el comienzo de este expediente que las parcelas deberían ser para quien las viene trabajando». El artículo 103 de la Constitución obliga a la Administración Pública a actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En el caso presente forzosamente había que resolver el expediente de subasta de que se trata conforme a las reglas de la misma, y como los actos combatidos infringieron algunas de aquellas reglas, infracciones que con acierto se detallan en la Sentencia apelada, es obligado entender, tal como lo hace la Sala de instancia, que no se ajustó a Derecho el actuar del Ayuntamiento apelante. (Sentencia de 12 de julio de 1989. Sala Tercera García-Ramos Iturralde. R.A. 5751.)

2.º *Actos separables. Aprobación municipal de valoración de las instalaciones de suministro de agua para abastecer a los abonados, cedidos al Ayuntamiento. Contrato de gestión de servicio público. Cesión de instalaciones de suministro de agua potable y de los abonados en este servicio*

Que en función de las alegaciones de la demandante procede afirmar que del suplico de la demanda en relación con la naturaleza del contrato, cuya resolución fue solicitada del Ayuntamiento demandado al recurrir en reposición contra el acuerdo aprobado la valoración de las instalaciones de suministro de agua potable efectuada por el Ingeniero municipal en ejecución de lo convenido por las partes litigantes, resulta incontestable que el dictamen que la Sentencia recurrida estima como similar a un arbitraje regulado por el Derecho Privado, Ley de 22-12-53, se haya incardinado en un contrato que tiene por objeto directo la prestación de un servicio

público, y por ello incluido entre los contratos administrativos sometidos al Derecho Público Administrativo: artículos 112-2-1.º del Decreto Legislativo de 18-4-86, 4.º, 1, de la Ley de Contratos del Estado, en relación con el 5-C) de la Ley de Bases de Régimen Local de 2-4-85, bajo cuya vigencia se concertó la cesión de las instalaciones de suministro de agua potable y la cesión de los abonados en este servicio que venía atendiendo la recurrente en determinadas zonas delimitadas en el contrato, servicio público otorgado a la actora que comportaba la concesión sobre bienes de dominio público que asumió el Ayuntamiento demandado directamente en virtud de dicho contrato; cuyos pactos fueron convenidos para la fijación del precio de venta referido a un informe pericial que forma parte esencial de las prestaciones de una de las partes; la Administración; por lo que no cabe escindir una de las obligaciones convenidas, en virtud de la libertad de contratación, artículo 1.255 del Código Civil y III del mentado Decreto Legislativo de 18-4-86, de las pactadas con carácter recíproco sometiendo una parte al Derecho Público y otra del contrato al Privado; toda vez que la voluntad de las partes fue la de establecer una fórmula decisoria sobre el precio de compra de las instalaciones transferidas sin someter el dictamen pericial a ninguna institución de Arbitraje del Derecho Privado, sino a su determinación por un tercero, según lo dispuesto en el artículo 1.447 del Código Civil, viniendo además condicionado el juicio pericial a unos plazos y formas de peritación que se integran en las obligaciones de los contratantes; pacto tercero: a) por el Ingeniero municipal se inventariarán las instalaciones que se consideran necesarias para garantizar el suministro en las zonas indicadas; b) igualmente se valorarán por el Técnico indicado las mismas con atención a su estado actual y considerándose minorización o depreciación de las instalaciones las reparaciones necesarias a realizar para garantizar el suministro; valoración según el mismo pacto, que debía hacerse en el plazo de tres meses y ser satisfecha, pacto quinto, por el Ayuntamiento en un 25 por 100 una vez aprobada por el Ayuntamiento y en el momento de la firma del contrato definitivo de compraventa, que se realizará en un plazo no superior a los tres meses desde el día de la fecha del contrato, y el 75 por 100 restante en el no superior a dos años desde esa fecha; determinaciones que generan obligaciones de las partes y condicionan el meritado dictamen que no pueden ser contempladas por una normativa distinta del resto del contrato que exige según los preceptos señalados, artículo 5.º-c) de la Ley de 2-4-85 y 112-1.º del Decreto Legislativo de 18-4-86 y artículo 4.º-1.º de la Ley de Contratos del Estado, la aplicación del régimen jurídico unitario referido en dichas normas, que no excluye

la aplicación subsidiaria del Derecho Privado, según esos artículos, en defecto de normas específicas del contrato o de las generales contenidas en esos textos legales, y en su caso de las Comunidades Autónomas dentro de la legislación básica del Estado, artículo 149-1-18 de la Constitución; constituyendo una excepción a la meritada unicidad del régimen jurídico de los contratos de la Administración la regulación de los llamados actos separados de los contratos sometidos al Derecho Privado: preparación y adjudicación sometidos al Derecho Público específico del contrato y en su defecto por las disposiciones que regulan los contratos de las Corporaciones Locales, en el supuesto de tratarse de los convenidos por esas instituciones, y la legislación de contratos del Estado; de todo lo cual se infiere que el contrato objeto de esta reclamación jurisdiccional teniendo por finalidad la prestación de un servicio público se halla sujeto en todas las obligaciones comprendidas en el mismo al Derecho Público Administrativo y a tenor del artículo 3.º-a) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción es competente esta Jurisdicción para conocer del recurso; no incidiendo la causa de inadmisibilidad del artículo 82-a) del mismo Cuerpo Legal, procediendo en consecuencia revocar la Sentencia apelada y resolver el fondo del asunto planteado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100-7 de dicha Ley.

La alegación de la Administración demandada de tratarse de un contrato de compraventa sometido al Derecho Privado carece de adecuada motivación, ya que por la meritada adquisición de un pozo de extracción de agua potable, depósitos, conducciones y elementos motrices de elevación del agua y distribución se asumió el suministro directo de agua potable por el Ayuntamiento que, según el pacto I del contrato, había autorizado a don Felipe P.S. la ejecución de diferentes instalaciones sobre terrenos de dominio público para permitir aquel suministro a una parte de la población de Tona; instalaciones que han permitido la existencia actual de una red de suministros propiedad de la recurrente doña Carmen P.P., pacto segundo, lo que confiere a ese contrato la modificación de la gestión de un servicio público en lo referente a su titular; sin perjuicio, además, de que por el pacto séptimo del contrato las «partes reiteran la conveniencia de proceder a constituir una Sociedad o Empresa mixta que se encargue de la gestión del servicio público de agua potable», en la que podría integrarse el resto de la red de distribución de «Nuevas Aguas Potables de Tona» de la que era titular la demandante; de lo que se infiere que el objeto del contrato comporta la modificación en la gestión de dicho servicio público, y el reconocimiento de que en parte ese servicio venía gestionado por una empresa privada previa autoriza-

ción de la Administración; a la que en definitiva correspondía mediante la aprobación del precio de venta determinado por el tercero, el Ingeniero municipal, dar lugar a la perfección del contrato señalando el precio cierto a pagar por la misma; cuya concreción constituye un elemento esencial del contrato de compraventa, artículo 1.445 del Código y 12 de la Ley de Contratos del Estado, que en este supuesto requería el dictamen previo del mentado Ingeniero acorde con lo dispuesto en el artículo 1.447 del mismo Cuerpo Legal.

Por la recurrente en el suplico de la demanda se pidió la declaración jurisdiccional de nulidad del contrato por el incumplimiento de la Administración del plazo señalado para la firma del contrato definitivo no superior a tres meses desde la fecha del contrato y no haberse producido la valoración dentro de este tiempo según lo pactado; causa resolutoria que no debe estimarse, ya que ese incumplimiento, en parte debido al retraso en la formulación del inventario y valoración de las instalaciones, no es imputable por ese motivo, en su totalidad, a la Administración, y dada la naturaleza de las obligaciones contraídas por las partes y el no consignarse como causa de nulidad esa demora en el contrato, y resultar intrascendente en relación con su finalidad y objeto el retraso en unos meses de los actos conducentes a su perfección, conduce a la conclusión de no haberse producido incumplimiento de las obligaciones contraídas con efectos resolutorios por esta causa al no incidir ninguna de las previstas para los contratos administrativos, ni el derecho de la vendedora a tenor del artículo 1.124 del Código Civil de pedir la resolución contractual en base a un supuesto incumplimiento de la Administración no habiendo alegado la demandante que dichos plazos fueran determinantes de su voluntad de transferir las instalaciones y servicio de suministro de agua potable de su propiedad al Ayuntamiento; faltando, por consiguiente, la relación recíproca entre sus obligaciones y los términos de cumplimiento contractual.

Por la apelante se pidió la declaración jurisdiccional de rescisión de forma subsidiaria del contrato en base a lo dispuesto en los artículos 324 y 325 de la *Compilación del Derecho Civil de Cataluña* por estimar que la lesión sufrida en su patrimonio excede de la mitad de su justo precio: el aprobado por el Ayuntamiento en los acuerdos recurridos en base al dictamen pericial impugnado o, en su caso, por enriquecimiento injusto de la Administración, motivos que deben ser contemplados partiendo del supuesto de que la lesión *ultra dimidium* y el enriquecimiento injusto aplicado a un contrato sujeto al Derecho Público Administrativo, no puede declararse, atendiendo al interés público inherente a una relación

vinculada a un servicio público, que impide la retroacción de los bienes vendidos afectados a un servicio público y sí la justa reparación del agravio económico con las limitaciones establecidas en la Ley para el caso de haberse procedido a la adquisición de bienes en subasta pública que no puede dar lugar a la rescisión por las causas invocadas siendo contradictoria esa petición con la pretensión de nulidad de los actos impugnados en tanto esa anulación no impediría que de ser acalorada se procediera a una valoración de los bienes si concurriera alguna causa de nulidad en el dictamen pericial emitido por el Ingeniero municipal.

La pretensión de nulidad de los acuerdos impugnados debe dilucidarse a partir de lo expuesto en los pactos del contrato por los que las partes atribuyeron al dictamen y valoración del Ingeniero municipal el carácter de indubitado como si se hubiera realizado por árbitro designado por las partes, comprometiéndose a estar y pasar por el mismo sin nada adicionar ni reclamar y renunciando expresamente a cualquier acción de impugnación contra el mismo que pudiera corresponder a cualquiera de las partes, pacto cuarto, debiendo comprender el inventario las instalaciones necesarias para garantizar el suministro de agua a las zonas señaladas, valorándose las mismas según su estado actual y considerándose como minoración o depreciación de las instalaciones las reparaciones necesarias a realizar para garantizar el suministro, pacto tercero, apartados *a)* y *b)*; de lo que se deduce que habiendo el perito valorado esas instalaciones según su estado actual, no minorando el valor de las reparaciones necesarias de aquellas cuyo estado no puede apreciarse por estar cubiertas las tuberías, valorándose incluso aquellas que no son de excesivo interés para la red municipal, no existen elementos de juicio contradictorios que dimanen de ese dictamen en función de lo convenido en el contrato de los que se desprende su nulidad, ya que el emitido en autos no puede oponerse a aquel que las partes contratantes determinaron como decisorio e inimpugnable, y no coincidir en su motivación factores contrarios a los previstos en el contrato, sin que sea factible tener en cuenta unos informes anteriores del mismo perito referidos a la totalidad de la red que estuvo a cargo de la recurrente a efectos de obtener un incremento en las tarifas a satisfacer por los usuarios; ni tampoco deferida la determinación del precio a tercero con pacto expreso de inimpugnabilidad quepa aducir otra valoración emitida en el proceso, toda vez que en este supuesto solamente es posible la declaración de nulidad cuando incida error, dolo o violencia en la declaración de voluntad del perito o que éste se apartase de las instrucciones consignadas en el contrato por los interesados; decisión de un tercero, acorde con lo dispuesto en el

artículo 1.447 del Código Civil, que excluye que se contraste con otros dictámenes posteriores o anteriores lo que aquéllos convinieron para completar los elementos sustanciales de una compraventa vinculada a la gestión de un servicio público.

Por lo expuesto, procede dar lugar, en parte, al recurso de apelación interpuesto, revocando la Sentencia recurrida declarativa de la inadmisibilidad de la reclamación jurisdiccional y desestimar las pretensiones articuladas en el escrito de demanda reiteradas en esta instancia; sin que se aprecie temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas, según lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (Sentencia de 17 de julio de 1989. Sala 3.ª García Estartus. R.A. 5820.)

- 3.º *Contrato de obra. Diferenciación entre obligaciones alternativas, que son aquellas en las que el deudor puede extinguir su obligación cumpliendo entre dos o más prestaciones, y el contenido propio de una cláusula contractual relativa a plazos y forma de pago. Pago. Necesidad de impugnar la certificación*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Sentencia apelada)

«Las dos primeras alegaciones del Ayuntamiento deben rechazarse, por las siguientes razones: en virtud del principio de la carga de la prueba, recogido en el artículo 1.214 del Código Civil, debió probarse por el Ayuntamiento que el momento de la conclusión de la obra lo fue después de la terminación del plazo contractual, haciendo la protesta formal de tal evento al tiempo de la recepción provisional de las mismas; debiéndose impugnar asimismo la certificación o parte de la certificación que superase el presupuesto previsto; y lejos de ello, no solamente lo admite, sino que acepta letras de cambio por tal importe, y llega a pagar tal principal después de las múltiples vicisitudes narradas, por lo que, en virtud del principio de los actos propios y consentidos, no pueden admitirse las citadas alegaciones.»

Debe diferenciarse entre las obligaciones alternativas, que son aquellas en las que el deudor puede extinguir su obligación cumpliendo entre dos o más prestaciones, convirtiéndose específica en el momento en que por él, o por la persona autorizada para ello en el contrato, elija entre alguna de las prestaciones obligadas, artículo 1.131 y siguientes del Código Civil, y el contenido propio de la cláusula contractual que nos ocupa, relativa a plazos y forma de pago; pues en esta última lo que se establece es una alternativa

en la forma del pago con una prestación específica y concreta «resto del precio que resultase pendiente», dejando a la iniciativa del acreedor la elección de una u otra forma: solicitar en nombre del Ayuntamiento un crédito bancario o a disponer de unos efectos bancarios previamente aceptados. Pero esto no implica que en el supuesto en que uno de los medios elegidos por el acreedor no lograra el fin perseguido, que es la totalidad del pago del precio debido, no pudiera escoger otro u otros procedimientos válidos en derecho, incluso de los previstos por las partes. Así, la acreedora elige como forma más fácil de cobro el sistema de letras aceptadas, y libra cambiales por el importe de la deuda, que son aceptadas por los representantes de la Corporación Local deudora, sin que al vencimiento de las mismas conseguiría su pago, teniendo por ello que reintegrar la cantidad obtenida por el descuento de aquéllas al Banco de S., y produciéndole una serie de gastos. Y libra nuevas cambiales, que son aceptadas, pero se ve obligado a abrir una cuenta de crédito para poder descontar el importe de las segundas cambiales —prueba testifical de la parte recurrente—, cargando en dicha cuenta el descuento del importe de los títulos valores. Por tanto, la cuenta de crédito abierta es consecuencia directa de la forma de pago escogida y que, aceptada inicialmente por el Ayuntamiento deudor, es incumplida. No tiene relevancia la concertación del crédito a nombre de los representantes de «E. L., S. A.», y como beneficiario esta última, en lugar de haberlo celebrado a nombre del Ayuntamiento, pues tal fórmula sería imposible de realizarse, ya que no bastaría el contrato y la mera manifestación de los actuantes por «E. L., S.A.», para obtener tal crédito en el que apareciese como prestatario el Ayuntamiento de El Rasillo, pues en la práctica mercantil y administrativa se exigiría o un poder especial a tal fin o la prestación del consentimiento de los representantes de la Corporación Local, previo los trámites administrativos correspondientes —arts. 154 y siguientes del R.D. 3250/1976, de 30 de diciembre—, lo que la convertiría en una forma de pago imposible de realizarse, o que quedaría al arbitrio de la deudora el cumplimiento de la misma, es decir, a la voluntad de la Corporación Local, solución prohibida por el artículo 1.256 del Código Civil. En todo caso, no se ha producido un exceso en el cumplimiento del mandato recibido, ni en el ejercicio de la representación que se dice concedida, ya que tal interpretación de esta cláusula no puede llevarse a tales consecuencias, que exceden de lo realmente querido por encontrar una fórmula de pago efectiva a la voluntad de las partes, y que en todo caso no bastaría por sí para la obtención de tal crédito, si no se requeriría la intervención del propio Ayuntamiento, como ya se ha dicho; pero, además, a tenor de lo

establecido en el artículo 1.284 del Código Civil, debe interpretarse tal cláusula en la forma más adecuada para que produzca efectos. Por lo anteriormente expuesto, debe llegarse a la conclusión que el Ayuntamiento de El Rasillo debió hacerse cargo de la cancelación del crédito que concertaron los representantes de «M. L., S.A.», razonando, además, que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, el uso y a la Ley, y así lo entiende el propio Alcalde cuando, por escrito de fecha 22 de enero de 1980, se compromete al pago de todos los gastos financieros que se ocasionen hasta la total cancelación de los efectos aceptados. En relación con los intereses solicitados, debe accederse a la petición realizada a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.100, en relación con el 1.108, del Código Civil, al incurrir el deudor en mora en el cumplimiento de su prestación, se traduce en la obligación de pagar los daños y perjuicios ocasionados, que se concretan en las obligaciones dinerarias, en el pago de los intereses producidos; si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado y 94.2 de la Ley de Contratación de las Corporaciones Locales, el momento en que deben estimarse producidos los intereses es desde la fecha de su reclamación, esto es, el 15 de febrero de 1983, cuyo importe se determinará en fase de ejecución de sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los de la Sentencia apelada.

La Sala de instancia declara en su sentencia que el Ayuntamiento de El Rasillo adeuda a «E. L., S. A.», la cantidad de 1.222.139 pesetas como consecuencia de la liquidación del contrato de ejecución de obra convenido entre ambas partes el 16 de mayo de 1978; incluyendo en tal suma los gastos producidos hasta esa fecha por los sucesivos aplazamientos en el pago, y condena al Ayuntamiento al pago de tal cantidad más el interés legal desde el 15 de febrero de 1983. La Corporación apelante acepta la relación de hechos —rigurosa y detallada, según afirma— que se hace en la sentencia apelada; añadiendo que los dos motivos de discrepancia con la sentencia, son los mismos en que se basó su oposición a la demanda, es decir: a) la entidad recurrente se reservó el derecho a obtener el cobro del contrato de ejecución de obra por dos vías alternativas que nunca podrían articularse simultáneamente

en perjuicio económico del Ayuntamiento; b) en la hipótesis de que ostentase tal facultad, se excedió en su ejercicio, pues la posibilidad de que «E. L., S. A.», solicitara una póliza de crédito estaba limitada a que fuese concertada a nombre del Ayuntamiento, pero no a nombre propio.

Ambas cuestiones han sido tratadas con todo acierto en la sentencia impugnada, que ha distinguido agudamente entre obligaciones alternativas y alternativa en la forma de pago con una prestación específica. En la cláusula «Plazos y Forma de Pago» la empresa ejecutora se reservó el derecho a solicitar en nombre del Ayuntamiento un crédito bancario, o a disponer de unos efectos bancarios previamente aceptados, para efectividad del pago. En principio se inclina por el sistema que estima más fácil y asequible para ambas partes, el de los efectos bancarios previamente aceptados por la Corporación deudora. Pero no obstante, la aceptación de las cambiales por la Corporación, no fueron pagadas a su vencimiento por lo que tuvieron que ser renovadas hasta dos veces más, con idéntico fallido resultado. Ante la imposibilidad de proseguir esta vía solutoria a causa de la falta de pago por parte del Ayuntamiento, lógicamente la empresa hubo de acudir a la otra forma de pago a que tenía derecho según el contrato, y de ahí que concertara una póliza de crédito con el Banco de S. —siguiendo el consejo de un empleado del propio Banco acreditado en prueba testifical— con el fin de poder descontar el nominal de las cambiales, las cuales fueron abonadas. No ha existido exceso alguno en el ejercicio del cobro de lo que era debido por parte de «E. L., S. A.», por el hecho de concertar la póliza en su propio nombre; ni tampoco hay constancia probatoria alguna de que se haya producido con ello perjuicio alguno al Ayuntamiento que pueda ser achacado a la conducta de la citada entidad. Ante la falta de voluntad de pago puesta de manifiesto por el Ayuntamiento, como queda relatado, el exigir que la citada empresa hubiera tenido que solicitar de la Corporación su cooperación en la concertación de la póliza de crédito, significa dejar al arbitrio municipal el cumplimiento del contrato, lo cual significa también una patente vulneración del artículo 1256 del Código Civil, de aplicación en el ámbito de la contratación administrativa. Como también lo es del artículo 1.284 en cuanto dice que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Y, evidentemente, la interpretación dada por la empresa recurrente está de acuerdo con tal precepto y con el principio de buena fe establecido en el artículo 1.258 del citado Código, y también con la propia cláusula del contrato en la que se establecía que los gastos serían de cuenta del Ayuntamiento.

Declaración reforzada por el propio Alcalde en las cartas aportadas como documentos acompañatorios a la demanda. (Sentencia de 18 de septiembre de 1989. Sala 3.ª Esteban Alamo. R. A. 6585.)

## VII. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

- 1.º *Infracciones independientes. Sanción conjunta. Auto-taxis. Se infringe el principio de legalidad cuando se corrigen una serie de hechos diversos como constitutivos de diferentes faltas, no con las sanciones señaladas correspondientes a cada una de ellas sino con una sola sanción conjunta, lo que impide conocer cuál sea el tipo concreto de infracción que se estima cometida*

Independientemente de la sanción que merezca cada una de las infracciones, y que la Administración Municipal puede sancionar, siempre y cuando no haya prescrito, es lo cierto que la Resolución de 10 de junio de 1985, adolece de gravísimos defectos que determinan su nulidad. En primer lugar, olvidando los principios de legalidad y tipicidad mezcla diversas infracciones independientes para castigarlas con una sola sanción, y en segundo lugar, si bien el taxista ha sido oído en cada uno de los singulares expedientes, es lo cierto que no lo ha sido en la imposición de la sanción conjunta, violándose el principio de audiencia. Estos principios de legalidad, tipicidad y audiencia recogidos en los artículos 79.1, 83 y otros de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo están también en los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución y constituye su infracción un claro motivo de nulidad radical [art. 47.1.c)] de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiendo estimarse el recurso y declarar la nulidad radical de la Resolución del Concejal de Circulación y Transportes de 10 de junio de 1985.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(Tribunal Supremo)

Se aceptan, en lo sustancial, los de la Sentencia apelada.

En el escrito de alegaciones formulado por el Ayuntamiento de Madrid, en el recurso de apelación interpuesto por la referida Corporación Municipal, se aduce que la «denominada» sanción conjunta obedece a los principios de economía, celeridad y eficacia que alumbran toda actuación administrativa y, aunque a tenor de las prescripciones contenidas en el título III de la Ley de Procedimiento Administrativo se produjo una unidad de expediente y resolución, se especificaron en ella todos los hechos y fundamentos de

derecho que individualizaban los respectivos actos administrativos, sin que puedan estimarse vulnerados los preceptos de la citada ley, por cuanto su aplicación decae ante la vigencia de las normas especiales recogidas en la Ordenanza Reguladora del Servicio y de Vehículos de Alquiler y, concretamente, en el artículo 55 de la misma; alegaciones que no desvirtúan los razonamientos recogidos en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida —aceptados, en lo sustancial, por esta Sala— en los que se efectúa una adecuada apreciación de las cuestiones debatidas y se aplican rectamente los principios y preceptos atinentes al caso del pleito. Bastando con significar, al decidir el presente recurso de apelación, que —como se declara con acierto en el segundo de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada— se incide en una manifiesta infracción de los principios de «legalidad» y de «prohibición de indefensión», proclamados en los artículos 9-3, 24-1 y 25-1 de la Constitución, cuando se corrigen una serie de hechos diversos —no acreditados debidamente, conforme se exige en la Sentencia de 28 de junio de 1989—, como constitutivos, según se consigna, de diferentes faltas leves, graves y muy graves, no con las correspondientes sanciones señaladas a cada una de ellas (según se indicaba procedía en la propuesta formulada por la Sección de Transportes del Ayuntamiento de Madrid) sino con una sola sanción conjunta —consistente en la retirada de la licencia municipal de auto-taxi por un período de cuatro años—, lo que impide conocer cual sea el tipo concreto de la infracción que se estima cometida y, en consecuencia, si resulta posible aplicar a la misma sanción impuesta (que, con la duración acordada, no figura, además, entre las establecidas en el artículo 54 de la Ordenanza reguladora del Servicio de Vehículos de Alquiler con aparato taxímetro del Ayuntamiento de Madrid), con la consiguiente indefensión para quien es sancionado en la expresada forma. (Sentencia de 4 de julio de 1989. Sala 3.ª R. A. 5578.).

## VIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- 1.º *Ejecución de obras por contratista. Responsabilidad patrimonial municipal ya que las causas del siniestro han de atribuirse a la actividad jurídica y técnica del Ayuntamiento, aunque las obras de perforación las tuviese contratadas con una empresa privada, y ésta, a su vez, las hubiese subcontratado*

La responsabilidad patrimonial de la Administración, edificada sobre los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 —en la actualidad sustituidos por los 5.c) y 54

de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local-, 40 a 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, 121 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 133 y 138 del Reglamento de esta Ley, de 26 de abril de 1957, y elevada al máximo rango por el artículo 106 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, no ofrece dificultad alguna en cuanto a su título de imputación cuando los daños y perjuicios inferidos a los particulares se derivan de su actividad jurídica, en que la causación es atribuible directamente a ella, e incluso cuando los mismos han sido producidos por su actividad técnica cuando la misma ha sido llevada a cabo directamente por sus propios órganos, en que también se le atribuye de esa forma. El problema surge cuando tal actividad técnica no es cumplida directamente por la organización administrativa, sino por organizaciones privadas no integradas en la Administración, con las que ésta contrata, atribuyéndoles la gestión de un servicio público o la ejecución de una obra pública, supuesto en el que entre la misma y los particulares sobre los que recaen los daños y perjuicios se interfiere, con mayor o menor autonomía, una empresa privada a la que materialmente le son atribuibles sus causas y que hace cuestionable si también en este caso su responsabilidad ha de ser directa. Al respecto, la Ley de Expropiación Forzosa, en su artículo 121.2, desarrollado en el 137 de su Reglamento, ha resuelto la cuestión en el caso de concesión de servicios públicos en el sentido de hacer correr la indemnización a cargo del concesionario, con carácter general, y a la Administración en el caso de que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por ésta y que sea de ineludible cumplimiento por aquél; y el Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975, de supletoria aplicación a la Administración Local, en su artículo 134, en el supuesto de contratación de obras, asignándoselas al contratista en principio, y sólo atribuyéndosela a la Administración cuando los perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden suya o de vicios de proyecto; particularidades de las que es perfectamente inferir con carácter de generalidad el principio de que la Administración será la directamente responsable cuando los daños o los perjuicios sean achacables a su propia actividad técnica aunque de la misma sea ejecutor material un tercero, si éste se atiene a las instrucciones u órdenes de ella.

En el caso que nos ocupa, las obras de proyecto de alcantarillado en el Barrio de Parva de la Ría, la ejecución de las cuales exigía el cruce del Canal de Castilla con la tubería y para lo que se había previsto que el mismo se efectuase a cielo abierto, previo vacia-

miento de su cauce, fueron adjudicadas por el Ayuntamiento de Valladolid a don Segundo T. M., luego «C. T., S. A.»; mas como dicha forma de ejecución obligase a dilaciones, ya que por no estar rematadas totalmente las obras de captación del río Pisuega para abastecimiento de la Estación Depuradora de Las Heras no era posible vaciar el cauce del canal que cortarí el suministro de agua, se descartó lo proyectado y se substituyó por la solución de perforar el terreno bajo de cauce con una tubería de 500 milímetros de diámetro, redactándose por el Ingeniero Jefe de Vías y Obras un presupuesto de coste de ello, previa petición de uno a K., Cimentaciones, Sondeos e Inyecciones, lo que fue aprobado por el Ayuntamiento el 5 de febrero de 1980, modificando al efecto la prestación de obra contratada e imponiendo su ejecución a la contrata, procediéndose con ésta a la fijación de precios contradictorios, previa solicitud a K. y remisión por la misma de su presupuesto actualizado, la que con posterioridad remitió al Ayuntamiento copia de su correspondencia con «C. T., S. A.», sobre los tratos habidos entre ellas. Con posterioridad, llegada la maquinaria de K. y efectuada por «C. T., S. A.», la excavación lateral previa para la iniciación de los trabajos de perforación el Ingeniero Jefe de Vías y Obras y el Aparejador Municipal fueron quienes se personaron en el lugar de los trabajos y dieron las instrucciones precisas a los operarios de K. para el comienzo de la perforación, sin intervención alguna de «C. T., S. A.», y se ausentaron de allí sin que la misma hubiese comenzado, produciéndose en el curso de ella una variación hacia arriba de la perforación que ocasionó la rotura del cauce del Canal y el desbordamiento de las aguas que conducía con la inundación consiguiente y el daño a numerosos edificios, uno de ellos en el que tenía instalado su negocio el recurrente.

Las anteriores circunstancias, puestas en relación con lo que con anterioridad a su exposición razonada, llevan decididamente a la afirmación de la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Valladolid por los daños y perjuicios experimentados por el actor, ya que las causas del siniestro que condujo a la producción de éstos, aunque las obras de perforación bajo el cauce del Canal de Castilla las tuviese contratadas con «C. T., S. A.», y ésta, a su vez, las hubiese subcontratado con la empresa K., al menos formalmente, necesariamente han de atribuirse a la actividad jurídica y técnica del mismo, pues fue él quien por medio de sus órganos de gobierno y bajo el asesoramiento y dirección de sus servicios técnicos dispuso la variación de la forma de efectuarse las obras de alcantarillado y, sin confección de proyecto alguno, fiándose en la experiencia de K. en trabajos similares y previa petición de un simple presupuesto a ésta y de sus condiciones, en las que, por

cierto, ya declinaba su responsabilidad por las probables desviaciones del taladro, prueba de lo peligroso de la perforación, impuso a la contratista el cruce del canal bajo su cauce y sin vaciarlo, en lugar de hacerlo a cielo abierto y previo corte de la conducción de aguas, poniéndola en contacto con K. y, en cierto modo, forzándola a subcontratar con ella, y también fue quien dirigió los trabajos de perforación por K., siquiera su Ingeniero Jefe de Vías y Obras y Aparejador Municipal se limitase a dar las instrucciones previas sobre la forma de efectuarlos y no permaneciesen en el lugar para ver si sus advertencias eran seguidas. Afirmación responsabilizadora que conduce a la desestimación de la apelación interpuesta por el Ayuntamiento de Valladolid y a la confirmación de la Sentencia apelada, incluso en su particular relativo a la cuantificación en dinero de los daños y perjuicios padecidos por el demandante, ya que las alegaciones hechas a esta Sala en orden a su desvirtuación son por completo insuficientes para el logro del efecto pretendido, puesto que consentidas por aquél la expresada Sentencia y, por consiguiente, la reducción a 15.338.114 pesetas de la cantidad de 16.999.060 pesetas pretendida en la demanda, la procedencia de aquella suma necesariamente resulta de las actas notariales aportadas por el perjudicado, en las que el Notario describe los efectos dañados y el Perito Industrial requerido al efecto procede a su valoración en la cifra total de 11.999.060 pesetas, así como del informe emitido en el proceso civil, en el que persona con más específica pericia redujo a 3.339.054 pesetas la valoración del fondo de comercio, tasado por aquél en 5.000.000 de pesetas. (Sentencia de 31 de julio de 1989. Sala 3.ª Barrioiglesias. R. A. 6193.)

## IX. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### 1.º *Emplazamiento personal. Imposibilidad de alegar indefensión por falta de emplazamiento personal cuando el interesado mantiene una «actitud indiligente»*

El carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional hace pensar en la necesidad de una vía en el terreno de la jurisdicción ordinaria que permita reparar las consecuencias derivadas de una posible vulneración de los derechos constitucionales producida por una actuación judicial, vía aquella que en tanto no sea regulada específicamente podría ser la de la nulidad de actuaciones previstas en el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial o la del recurso de audiencia del litigante rebelde de los artículos

773 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicada aquí por razón de la supletoriedad señalada en la disposición adicional sexta de la Ley jurisdiccional, con las adaptaciones necesarias.

En el supuesto litigioso se ha seguido el cauce de la audiencia del litigante rebelde cuya viabilidad acogió esta Sala en la Sentencia de 5 de octubre de 1983.

Sobre esta base, esta aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil obligada a examinar la cuestión de si se ha producido o no una indefensión como consecuencia de la omisión del emplazamiento personal de la hoy apelante —este es el contenido, en lo que ahora importa, que ha de atribuirse al recurso que se examina.

Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional —así como Sentencias 182/1987, de 17 de noviembre, 24, 34, 87 y 151/1988, de 23 de febrero, 1 de marzo, 9 de mayo y 15 de julio— viene poniendo de relieve la insuficiencia del emplazamiento edictal de los artículos 60 y 64 de la Ley jurisdiccional, lo que implica la exigencia de un «emplazamiento personal y directo para garantizar la defensa, cuando las personas legitimadas como partes» vengan a ser «conocidas e identificadas a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en la demanda o en el expediente administrativo». La omisión de tal emplazamiento integra una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.

Sin embargo la solución expuesta viene siendo matizada por el propio Tribunal Constitucional, pues su automatismo daría lugar al «sacrificio del derecho a la tutela judicial efectiva de quien, actuando de buena fe, fue parte en el proceso contencioso-administrativo y se creía protegido por la paz y seguridad jurídica que implica la institución de la cosa juzgada» —Sentencia 34/1988, de 1 de marzo.

Tales matices van referidos a distintos supuestos, de entre los cuales importa ahora el de la diligencia exigible a los interesados. Así muy concretamente —Sentencias 182/1987, de 17 de noviembre y 208/1987, de 17 de diciembre— declara el Tribunal Constitucional que quien se dice interesado no puede defenderse de la posible ilegalidad del acto administrativo que le afecta sobre todo cuando le consta que dicho acto ha sido impugnado en vía administrativa, de suerte que tal desentendimiento integra una «actitud indiligente que impide alegar con posterioridad indefensión por falta de emplazamiento personal en el proceso contencioso-administrativo».

En el supuesto litigioso consta que: A) La ahora apelante se personó en el procedimiento administrativo que terminó con la denegación del otorgamiento de la licencia necesaria para la

apertura de una nueva oficina de farmacia. B) Tuvo noticia de que contra tal denegación se había formulado recurso administrativo de alzada –folio 31 del expediente administrativo– formulando alegaciones al respecto y solicitando su desestimación –folio 33 del expediente–, desestimación ésta que efectivamente se produjo y que fue notificada a la hoy apelante –folio 26 del expediente del Consejo General–, lo que hacía terminantemente presumible la interposición del recurso contencioso-administrativo posterior: sabido es que los recursos administrativos rara vez tienen éxito, de suerte que su formulación opera en la práctica como presupuesto necesario para agotar la vía administrativa abriendo así la posibilidad del recurso contencioso-administrativo –art. 37.1 de la Ley jurisdiccional–. Pero la hoy apelante se desentendió de las averiguaciones pertinentes.

Con ello basta para concluir que la ahora recurrente no se condujo con la debida diligencia y «cuando la diligencia no existe, la lesión del derecho constitucional no es invocable en amparo» –Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1988– pues tal lesión no deriva sin más del defecto formal de la falta de emplazamiento personal sino de la situación de indefensión que aquella omisión produce, pese a haber mantenido el ciudadano un actitud diligente.

Podría añadirse todavía que el Colegio de Baleares comunicó «a todos los interesados» la existencia del recurso contencioso-administrativo en el que se produjo la omisión del emplazamiento personal. La apelante niega que tal comunicación hubiera llegado a su poder y el Colegio advierte que no le fue devuelto el sobre a aquélla remitido, pero sea de ello lo que fuere, es lo cierto que lo ya señalado determina la conclusión de la inexistencia de indefensión dado el desentendimiento de la ahora apelante de la suerte posterior de los actos administrativos de los que en su momento tuvo cumplida noticia.

El carácter excepcional que ha de atribuirse al recurso de audiencia en supuestos como el que ahora se examina hace necesario un rigor especial en su admisión a trámite. Así las cosas sin necesidad de plantear el problema de la adaptación a esta Jurisdicción del artículo 779, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habrá que entender ajustado a Derecho el auto recurrido con desestimación del recurso de apelación. (Sentencia de 15 de julio de 1989. Sala 3.ª Delgado Barrio. R. A. 5526.)

## X. EXPROPIACION FORZOSA

### 1.º *Justiprecio. Suelo urbanizable. Fecha a la que debe referirse la valoración del bien expropiado*

Como acertadamente pone de relieve el Abogado del Estado el informe del perito procesal, Ingeniero Agrónomo, en el que se apoya la sentencia apelada para estimar el recurso adolece de un importante defecto, referir la valoración que efectúa a la fecha de la misma –enero de 1988–. Así se infiere de su dictamen cuando después de estimar un valor del suelo de 600 pesetas/m<sup>2</sup> añade «valor que se considera válido para los tres últimos años», sin dar explicación alguna de tal afirmación, en principio sorprendente, pues es razonable pensar que en un espacio de tiempo como el indicado –en la demanda se afirma que el expediente expropiatorio comenzó en 1984 y la fijación del justiprecio debe referirse a valores de esta época, folio 14 vuelto– los precios sufren algún tipo de oscilación. Pero no es sólo esto lo que hace desmerecer el dictamen de que se trata, pues cuando se trata de valorar una finca que se encuentra clasificada como suelo no urbanizable, aunque se acuda a la libertad estimativa del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, no pueden tomarse en consideración hipotéticas expectativas como es la posibilidad de que pueda ser autorizada la construcción de viviendas unifamiliares, ya que tal expectativa, excepcional, se encuentra subordinada a que su emplazamiento se produzca en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población, extremo que debe quedar acreditado a través del procedimiento previsto en el artículo 43.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, al igual que la cualidad del «edificio aislado», exigida por el artículo 86, en relación con el 85, del mismo cuerpo legal y que difícilmente se compadece con la reducida extensión del terreno expropiado, apenas superior a un cuarto de hectárea.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la prueba en cuestión –que los Tribunales deben apreciar según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, ex artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– carece de la necesaria fuerza de convicción para destruir la presunción de acierto de que gozan las valoraciones efectuadas por los Jurados, conclusión que es trasladable a la determinación del justiprecio del suelo –arbolado existente– al que por cierto no se hace mención en el informe técnico acompañado a la hoja de aprecio de la propiedad, ya que en el dictamen del perito procesal no se efectúa un cálculo

preciso sino meramente estimativo de la producción de madera, a diferencia del método seguido por el Jurado que tuvo en cuenta el número de eucaliptos existente y el precio por unidad, extremos ambos que no han sido desvirtuados por prueba alguna. (Sentencia de 13 de julio de 1989. Sala 3.ª Rodríguez García. R. A. 5382.)

## XI. BIENES

### 1.º *Comunales. Imposibilidad de explotación colectiva. Prevalencia de la costumbre sobre la ordenanza local*

Discutida en estos autos la forma de aprovechamiento vecinal de los montes litigiosos y negada por el apelante la calificación comunal de los mismos, será de indicar: A) Que el aprovechamiento vecinal debatido recuerda ante todo la figura prevista en el artículo 4.º-2 de la Ley de Montes: en este precepto cabe distinguir un supuesto de hecho –aprovechamiento consuetudinario de los vecinos– y unas consecuencias jurídicas en lo que ahora importa dan lugar a un respeto del aprovechamiento que habrá de seguir desarrollándose en los términos que la costumbre hubiera trazado.

B) Que los muchos años de aprovechamiento vecinal que han resultado probados llevan a la aplicación de la figura de la afectación tácita, cuya virtualidad hace innecesario un acto formal –art. 8.º-4 del Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1955 y hoy 8.º-4 del Reglamento de 13 de junio de 1986– lo que determinaría una calificación comunal que arrastraría también la aplicación de la costumbre –art. 75.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril– pues no siendo posible la explotación colectiva ante todo habrá que acudir a dicha fuente.

Ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la Ordenanza Local. Este es el orden que dibuja el Texto Refundido de 1986 –art. 75.2– y aunque el hoy vigente Reglamento de Bienes en su artículo 95 incluye en primer término las Ordenanzas y después las normas consuetudinarias, hay que entender como ya se ha dicho que la primacía es la señalada, tanto por el rango legal del Texto Refundido como por los antecedentes históricos de la figura que se examina.

C) Que en último término ha sido el propio Ayuntamiento apelante el que en el informe emitido en la primera instancia señala que el año 1919 las parcelas «se distribuyeron conforme al artículo 26 de la Ley Municipal».

Y entiendo que la referencia alude a la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 ha de concluirse, en razón de su texto, que efectivamente los bienes litigiosos tienen carácter comunal.

Ciertamente la adjudicación a vecinos no labradores puede provocar abandonos y abusos pero, observando ante todo la costumbre que los años han venido a perfilar, es claro que el municipio habrá de tener a su alcance medios para reaccionar frente a las infracciones que se observen pues, naturalmente, aunque en este terreno la costumbre alcance un valor primordial ello no excluye la aplicabilidad del resto del bloque de la legalidad. (Sentencia de 10 de julio de 1989. Sala 3.ª Delgado Barrio. R. A. 5738.)