

# Reseña de Sentencias del Tribunal Supremo (1994)

M.<sup>a</sup> del Rosario Alonso Ibáñez

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

Sumario: I. FUENTES. II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. III. EMPLEO PÚBLICO. IV. HACIENDAS LOCALES. V. ACTOS ADMINISTRATIVOS. VI. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. VII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. VIII. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. IX. EXPROPIACIÓN FORZOSA. X. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. XI. BIENES PÚBLICOS. XII. SERVICIOS PÚBLICOS. XIII. URBANISMO.

## I. FUENTES

1. *Competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de sanidad interior y entidades de seguro de asistencia médico-farmacéutica. Decreto autonómico por el que se regulaban las funciones de la Consejería de Sanidad della Junta de Galicia relativas a las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria, con exigencia de autorización e inscripción en Registro autonómico de dichas entidades, independientemente de que llevaran a cabo prestaciones sanitarias.*

«Dentro de este panorama legislativo el objeto material del proceso es, como se ha dicho, el Decreto autonómico gallego 599/1990, de 14 de diciembre, sin que sea posible olvidar que debiendo resolverse este proceso en casación es necesario aplicar las reglas de la misma.

A los efectos que ahora interesan deben destacarse dos de estas reglas. En primer lugar, que el proceso casacional constituye una revisión de la sentencia del Tribunal *a quo* para comprobar su adecuación al ordenamiento jurídico, por lo que por así decirlo el objeto formal del proceso es la sentencia (y no el acto o la disposición general) por ser ésta la impugnada.

En segundo lugar, debe recordarse que el juez casacional se encuentra limitado por los motivos y fundamentos que invoca el recurrente, debiendo juzgar la sentencia a partir de ellos.

Pues bien, en el caso de autos la sentencia impugnada declara, según debe entenderse poniendo en la conexión debida su fallo y sus Fundamentos de Derecho, los extremos siguientes. En primer lugar que la Comunidad Autónoma de Galicia, a la vista del artículo 33,1 de su Estatuto, es competente en materia de sanidad interior, habiéndose incluido en esta materia el régimen de las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria. En segundo lugar se declara que esta competencia no se limita a la actividad sanitaria sino que se extiende a las entidades aseguradoras, incluso a las que no realizan directamente las prestaciones sanitarias y se limitan a la actividad de seguros. Pues según la sentencia impugnada las condiciones de actuación de estas últimas influyen en todo el sistema sanitario gallego.

Frente a esta sentencia se alza la entidad recurrente en casación invocando un único motivo al amparo del artículo 95,1,4ª de la Ley Jurisdiccional. Se trata de la infracción por la sentencia del ordenamiento jurídico debida a la falta de aplicación del artículo 149,1,11 de la Constitución en relación con el artículo 39 y la Disposición Final primera de la Ley de Seguro Privado 33/1984, de 2 de agosto. Es éste, en consecuencia, el extremo sobre el que debe resolverse, no tanto respecto al precepto de la Constitución que se limita a afirmar la competencia estatal, cuanto respecto a si la sentencia impugnada, al hacer las declaraciones antes expuestas, vulnera la Ley estatal 33/1984, de 2 de agosto. Sin que sea posible ni pertinente entrar en el estudio de problemas conexos. Así, no debe examinarse la eventual contradicción entre la Ley citada y el Estatuto de Autonomía de Galicia, cuestión cuyo estudio supondría incurrir en un exceso de jurisdicción. Tampoco es preciso estudiar la contradicción entre el Decreto autonómico impugnado y la posterior Ley estatal 21/1990, de 19 de diciembre, la cual, por otra parte, no contradice sino que reitera y desarrolla los principios de la Ley de Seguro Privado de 1984 al paso que incorpora al ordenamiento español las directivas de la Comunidad Europea.

Si bien estos extremos se aluden por el recurrente y por la Comunidad Autónoma de Galicia que se opone al recurso, constituyen sólo el entorno del problema principal antes enunciado. A él debe limitarse el juicio en casación, aunque no es posible olvidar un dato de base que no es otro sino el siguiente. La Ley estatal 33/1984 desarrolla la Constitución aprobando preceptos que tienen el carácter de normas básicas en una materia en la cual la Comunidad Autónoma de Galicia no tiene competencia exclusiva, sino sólo competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica estatal. Ello no carece de importancia al ser el Estatuto gallego la norma de cobertura del Decreto autonómico enjuiciado por la sentencia que ahora se revisa en casación.

Centrado así el problema a resolver y disponiendo ahora de los elementos de juicio necesarios debe considerarse que el Decreto autonómico declarado conforme al ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada es aparentemente respetuoso con la competencia estatal. Sin embargo, duplica los controles estatales sobre las entidades de seguro libre de asistencia sanitaria y establece una exigencia de autorización e inscripción en Registro de las mismas, no limitándola a los entes que realizan la prestación sanitaria sino extendiéndola además a las entidades y actividades, aseguradoras que no llevan a cabo la prestación. Ello desvirtúa en buena parte la reiterada alegación de la Comunidad Autónoma en el sentido de insistir en la competencia de la Autonomía gallega en materia de sanidad interior.

A la vista de este extremo, la declaración que subyace en la sentencia impugnada, según la cual la Comunidad Autónoma ha ejercido válidamente su potestad reglamentaria, contradice frontalmente lo dispuesto en el artículo 39 y la Disposición Final primera de la Ley estatal 33/1984, de 2 de agosto. La Comunidad se ha excedido sin duda en el ejercicio de aquella potestad reglamentaria, pues el artículo 39 de la Ley estatal citada tiene carácter de básico y de la obligada interpretación conexa de este artículo con la Disposición Final primera se desprende que la Comunidad Autónoma no tiene competencia para la regulación directa sino sólo para el desarrollo legislativo y la ejecución de aquella norma básica estatal.

Era el ejercicio de la potestad reglamentaria el que debió ser enjuiciado por el Tribunal *a quo* y respecto al que corresponde la revisión a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que la sentencia se desvió de la aplicación de la Ley, lo cual determina que deba acogerse el motivo de casación invocado.

Sin que pueda entenderse desvirtuado cuanto se ha dicho tras un estudio con el debido rigor de las declaraciones de la sentencia. En efecto, lo que acaba de afirmarse no puede considerarse desvirtuado por la declaración de la sentencia de que la Comunidad Autónoma debe conocer la actuación de las entidades de seguro libre para tener los suficientes elementos de juicio sobre la totalidad del sistema sanitario gallego. Pues dado el deber de cooperación entre Administraciones públicas ello puede lograrse de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico por otros medios. Tampoco puede aceptarse como razón o paliativo del exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Comunidad Autónoma, la preocupación que parece desprenderse de la sentencia impugnada por la garantía de los derechos individuales a través de la impugnación

de actos concretos. Pues en definitiva, lo juzgado ante aquel Tribunal era el ejercicio de la potestad reglamentaria misma, sometida en este caso al doble principio de competencia legislativa y de jerarquía normativa.

Tampoco, como se ha dicho, es necesario entrar en la contradicción entre el Reglamento autonómico y la Ley estatal posterior, argumento *a maiore ad minus* que no era imprescindible, pues basta para resolver el presente recurso considerar la contravención de la Ley estatal 33/1984, de 2 de agosto, contravención que es la invocada como motivo de casación.

Por último, nada añade ni modifica a cuanto se ha dicho que el recurrente no impugnase disposiciones autonómicas anteriores relativas a sanidad, ni que el Estado se haya abstenido de recurrir el Decreto a que se refiere la sentencia que se estudia. Pues dichos temas son ajenos al juicio en Derecho a impartir en el presente proceso, por lo que no pueden acogerse las alegaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia al oponerse al recurso mediante tal argumentación.

Todo ello conduce a que la Sala entienda que debe estimarse el presente recurso de casación».

*(Sentencia de 19 de octubre de 1994, Ar. 7779, Baena del Alcázar).*

## II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. *Segregación de parte del territorio para constituir otro municipio. Competencias de Diputaciones provinciales y Comunidades Autónomas para la designación de los miembros de la Comisión Gestora del municipio resultante.*

«El motivo único por el que se articula el presente recurso, al amparo del ap. 4 artículo 95.1 LJCA, denuncia infracción del artículo 16 Regl. de Población y Demarcación Territorial (aprobado por RD. 1690/1986, de 11 junio), negando la parte recurrente que, conforme al mismo, sea competente la Comunidad Valenciana para nombrar a los miembros de una Comisión Gestora en Entidades Municipales de nueva creación. La Diputación Provincial recurrente interpreta que las expresiones del artículo 16 del citado Reglamento que establecen la competencia de designación «por la Diputación Provincial o, en su caso, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma» atribuye dicha competencia en primer lugar a las Diputaciones Provinciales y sólo con carácter supletorio, cuando éstas no existan, a las Comunidades Autónomas respectivas.

El motivo debe prosperar. Cuando el artículo 16 Regl. de Población y Demarcación Territorial de 11 julio 1986 dispone que los miembros de la Comisión Gestora en cuestión se designarán «por la Diputación Provincial o, en su caso, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma» atribuye dicha competencia, en preferente y primer lugar, a las Diputaciones Provinciales. La atribución de competencia «en su caso» a la Comunidad Autónoma sólo reza para el supuesto de Comunidades Autónomas uniprovinciales, como defiende la parte recurrente, y también para los casos en que una Comunidad Autónoma lo haya dispuesto así por una norma de carácter general, en el ejercicio de sus competencias en materia de régimen local (arts. 148.1.2 y 149.1.18 CE; 13 L 7/1985; 9 TR 18 abril 1986 y TCS 214/1989 de 21 diciembre), tal y como —por ejemplo— resulta del artículo 110.2 L 8/1986 de 18 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en Canarias.

No existe ninguna norma de la Generalidad Valenciana que sea de aplicación al caso controvertido, por lo que —sin desconocer en modo alguno las competencias exclusivas que la misma ostenta en materia de Administración Local (art 31.8 EA Comunidad Valenciana, aprobado por LO 5/1982 de 1 julio), que la parte recurrente reconoce en forma expresa— es forzoso concluir que el artículo 16 Regl. de Población y Demarcación Territorial es de directa aplicación al caso y precisamente en el primer inciso, en que atribuye la competencia para la designación de la Comisión Gestora de «Los Montesinos» a la Diputación Provincial correspondiente. No es admisible el criterio de la sentencia recurrida, que se ha fundado en los Decretos de transferencias para entender competente al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. Resulta, en primer lugar, que los Decretos de transferencias, sin perjuicio de su utilidad a efectos interpretativos (TC S 153/1989), no constituyen normas de atribución de competencias, conforme a lo que reiteradamente ha declarado el TC (TC SS 25/1983, 113/1983, 125/1984; 45/1985, 155/1990, 147/1991 y 36/1994). Ciertamente es que el viejo Regl. de Población y Demarcación Territorial de las Entidades locales de 1952 atribuía la competencia que se discute al M.<sup>o</sup> Gobernación o al Consejo de Ministros, sin que exista duda de que dicha competencia centralizada se transfirió a la Comunidad Valenciana por el RD 3318/1983, de 25 agosto, de funciones y servicios del Estado en materia de Administración Local (Anexo I ap. B punto 1.1), ostentando la Generalidad Valenciana las competencias del Decreto de 1952 para el nombramiento de Comisiones Gestoras como la que se contempla en el presente caso. Pero no menos cierto resulta que la disp. derog. RD 1690/1986, de 11 julio, declara, en forma expresa y terminante, que queda derogado el Regl. de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por D 17 mayo

1952. Es de entender que, en consecuencia, a partir del 15 agosto 1986, la Generalidad Valenciana debió de poseer las competencias del Decreto de 1952, pasando a ostentar las que le atribuye el nuevo Regl. de Población sin que —a falta de ley autonómica— sea de aplicación el inciso «en su caso» del artículo 16, por lo que la competencia controvertida corresponde a la Diputación Provincial recurrente».

*(Sentencia de 16 de septiembre de 1994, Ar. 6972, Rodríguez Zapata Pérez).*

### III. EMPLEO PÚBLICO

1. *Improcedencia de acuerdo de Diputación Provincial sobre convocatoria de oposición libre para cubrir plazas no anunciadas en la correspondiente oferta de empleo público pero vacantes por razón de incompatibilidad. No puede extenderse a la Administración Local la autorización reglamentaria prevista en el Real Decreto 350/1986, de 21 de febrero, regulador de la Oferta de Empleo Público de la Administración del Estado.*

«El Real Decreto 350/86, de 21 de febrero, regulador de la oferta de empleo público de la Administración Civil del Estado para 1986, dispuso en su artículo 4.2 que «además de las plazas anunciadas en la oferta de empleo público, podrán convocarse plazas que queden vacantes por aplicación de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, y cuya cobertura resulte imprescindible para el buen funcionamiento del servicio.» Al amparo de este precepto, la Corporación provincial realizó la convocatoria, a pesar de que en el Real Decreto 352/85, de 10 de febrero, sobre Criterios de coordinación de la oferta de empleo público de las Corporaciones Locales, no aparece norma alguna de contenido similar al que hemos reseñado.

La Sala de primera instancia ha entendido, no obstante, que la decisión adoptada por la Diputación se ajusta a la legalidad. Aduce en favor de su tesis tres argumentos: primero, que si no resulta contraria al artículo 18 de la Ley 30/84 la norma reglamentaria que hemos citado, relativa a la Administración estatal, tampoco debe considerarse ilegal la misma conducta realizada por una entidad de la Administración Local; segundo, que esta posibilidad —aunque no autorizada expresamente— tampoco aparece expresamente prohibida; tercero, que concurren en el caso enjuiciado todos los requisitos exigidos por el artículo 4.2 del Real

Decreto 350/86 para efectuar la convocatoria de plazas fuera de las comprendidas en la oferta anual de empleo público.

El examen de estas razones nos indica que la de contenido jurídico más sustantivo es la primera, pues en ella es donde se desarrolla el adecuado contraste entre una actuación administrativa y el principio de legalidad al que necesariamente debe someterse.

El artículo 18 de la Ley de Reforma de la Función Pública no excluye ninguna plaza dotada y que no pueda ser cubierta con los efectivos de personal existentes, de la necesidad de que se integre en la oferta anual de empleo público, sin que de su texto pueda deducirse excepción alguna a la forma sistemática y ordenada en él prevista para acceder a la función pública.

Esta afirmación nos plantearía, en principio, si es conforme al texto legal citado la norma reglamentaria contenida en el artículo 4.2 del Real Decreto 350/86. Sin embargo no es éste el verdadero tema de debate. En efecto, el ámbito del Real Decreto es estrictamente el de la Administración Civil del Estado y con relación al mismo podría discutirse su legalidad o bien si la potestad reglamentaria ejercitada en este caso por el Estado tiene alguna justificación legal. Pero lo que no cabe es que frente a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 30/84, pretenda extenderse a una Administración Local una autorización reglamentaria no sólo no prevista para ella, sino que además tampoco fue incluida en el texto reglamentario publicado tres meses después para regular la materia en el ámbito de la Administración Local. Por eso debe llegarse a la conclusión de que el acuerdo de la Diputación de Toledo no es conforme con el ordenamiento jurídico y procede su anulación, siendo indiferente que al adoptarlo concurriesen las circunstancias previstas en un Real Decreto no aplicable al caso».

*(Sentencia de 4 de abril de 1994, Ar. 2752, Trillo Torres).*

2. *Renuncia de funcionario a puesto de trabajo. Para ser eficaz necesita la aceptación de la Administración. En tanto no se produzca, continúa la facultad de disponer de su manifestación de voluntad. Falta de competencia de la Comisión de Gobierno para su aceptación.*

«Expuestos los términos de la *litis*, hemos de decidir en primer lugar si la renuncia del funcionario determina de por sí, y sin necesidad de aceptación, la extinción de la relación funcional, o si, para que opere

su eficacia extintiva, se precisa la aceptación. Ligada a esa cuestión va la de si producida una manifestación de renuncia, puede dejarse sin efecto por su autor antes de que sea aceptada por la Administración destinataria; y en caso positivo, si ésta puede resolver acerca de la renuncia, sin tener en cuenta el posterior acto de rectificación de su autor.

Finalmente, y ligado a los extremos anteriores, es preciso decidir si en este caso concreto la aceptación de la renuncia por la Comisión de Gobierno fue o no jurídicamente eficaz, de modo que, aceptada por ésta, ya viene predeterminada la ulterior resolución del Alcalde.

En cuanto al primer extremo, ni en el Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, ni en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por D. 315/1964, de 7 de febrero (de aplicación supletoria a los funcionarios de la Administración Local, según lo dispuesto en su art. 2º.3 y en el art. 92 de la Ley de Bases de Régimen Local, L. 7/1985, de 2 de abril) contienen elementos para decidir la cuestión, pues se limitan a consignar la renuncia como causa de pérdida de la condición de funcionario en los respectivos artículos 138.1.a y 37.1.a, sin regular el régimen de la misma. Mas ello no obstante, habida cuenta que la renuncia supone en sí una declaración de voluntad recepticia, es lógico entender, en línea de principio, que para la eficacia de la renuncia es preciso la aceptación por su destinatario. Confirma esta interpretación el artículo 376 del Código Penal, que tipifica como delito el abandono del destino por funcionario al que no se le haya admitido la renuncia al mismo, lo que no tendría sentido si el solo acto unilateral de la renuncia pudiera producir por sí solo, y sin su aceptación, la extinción de la relación funcional, en cuyo caso, mal podría hablarse de abandono.

Establecido que la renuncia a la condición de funcionario, para ser eficaz, precisa ser aceptada por la Administración, hay que entender que en tanto no se haya producido la aceptación, y al no haber trascendido aun de la esfera jurídica del que la realiza, continúa en éste la facultad de disponer de su manifestación de voluntad, de modo que puede ser dejada sin efecto por su autor, con la lógica salvedad de los intereses de terceros.

En el caso de autos es indudable que el escrito del recurrente de 29 de enero, tiene una clara intención desvirtuadora del escrito de renuncia del día anterior; y aunque deba rechazarse, como acertadamente se rechazó en la sentencia, la explicación, absolutamente convincente, del error del escrito de renuncia y de su corrección ulterior, explicación



absurda en la que no se insiste en la apelación, no cabe duda que el sentido real del escrito final no es otro que el de dejar sin efecto el acto de renuncia precedente, y ello, antes de que el Ayuntamiento, a través de su órgano competente al efecto, hubiera aceptado la inicial renuncia.

Llegados a este punto en el análisis de los elementos del caso, es necesario enjuiciar la eficacia del acuerdo de la Comisión de Gobierno, referido en el del Alcalde de Castro Urdiales objeto de recurso.

Al respecto hemos de aceptar la crítica del demandante acerca de la anomalía de ese acuerdo, habida cuenta de la fecha que se le asigna y el dato de su referencia a una renuncia escrita del demandante posterior al acuerdo mismo, lo que demuestra que realmente el acuerdo se adoptó después del día 28 de enero, en fecha no concretada, lo que es en este caso determinante, pues sin la concreción exacta de su fecha real no puede admitirse su eventual eficacia, dada la existencia del escrito del demandante que dejaba sin efecto su renuncia.

La explicación, admitida en la sentencia, de que la Comisión Permanente había aceptado una previa renuncia verbal del propio día 27, el mismo de la toma de posesión, no es correcta ni en un plano procesal, ni extraprocesal sustantivo.

No es correcta en un plano procesal, porque la prueba de la existencia de esa renuncia verbal se toma en la sentencia de los escritos del Secretario del Ayuntamiento y del Alcalde, que no son sino unas alegaciones procesalmente anómalas, pues el Ayuntamiento como tal, compareció y contestó a la demanda, al margen de esos peculiares escritos, de iniciativa personal de sus firmantes, y que no respondían tampoco a una especial proposición de prueba.

En esas circunstancias, el reconocimiento de la fe del Secretario y de las reiteradas declaraciones del Alcalde (Fto. de D<sup>o</sup> 5<sup>o</sup> de la sentencia) como medio de prueba, no se adecua a las exigencias formales, ni de la auténtica prueba documental (art. 1216 C.C. y 597 y sgts. de la L.E.C.) ni de la testifical (arts. 637 y sgts. de la L.E.C.).

El valor procesal atribuible a esas atípicas manifestaciones sería, a lo sumo, el de meras alegaciones, necesitadas a su vez de prueba, y no el de prueba de los hechos alegados en ellas.

Pero es que tampoco es correcto en un plano extraprocesal sustantivo atribuir eficacia a la aceptación de la renuncia verbal por la Comisión de

Gobierno, aun en el hipotético caso de que la renuncia verbal se hubiera producido, en efecto, pues ni tal Comisión es el órgano competente para decidir sobre la renuncia de un funcionario, según se infiere del elenco de sus atribuciones establecido en el artículo 23.2 de la L. 7/1985, correspondiéndole la competencia al Alcalde, según lo dispuesto en el artículo 21.1.g del propio texto, ni, aunque lo fuera, habría podido adoptar válidamente decisión al respecto en el propio día de la renuncia verbal, dadas las exigencias formales para las deliberaciones de las mismas, establecidas a los artículos 47.2, 50 y 51 del R.D. legislativo 781/1986; por lo que la aceptación de la hipotética renuncia verbal del demandante en las circunstancias que se indican en las procesalmente anómalas alegaciones del Secretario y del Alcalde del Ayuntamiento de Castro Urdiales estaría viciada de una nulidad de pleno Derecho, conforme a lo previsto en el artículo 47.1.a) y c) de la L.P.A. (vigente en el momento de los hechos), nulidad apreciable de oficio. No cabe, pues, atribuir a la aceptación de la Comisión de Gobierno la eficacia determinante que la sentencia le ha reconocido.

Hemos de situarnos en la resolución del Alcalde, de 2 de febrero de 1987, como con absoluta precisión técnica, y en oposición al planteamiento de la sentencia apelada, postula el apelante. Y en esas fechas, en trance de decidir, y dijera lo que dijese la Comisión de Gobierno, el Alcalde de Castro Urdiales debía tener en cuenta no sólo el escrito de 28 de enero, sino el de 29, por exigencias de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo (vigente a la sazón), conforme al cual la renuncia había sido dejada sin efecto por su autor, y no podía ya ser aceptada, ni tenerse en cuenta como presupuesto determinante de la resolución a dictar. Sentado ese presupuesto, declarar vacante la plaza de la que era titular el demandante resulta contraria a Derecho, pues la vacante no existía, incurriéndose en el motivo de anulación previsto en el artículo 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

No está de más señalar, aunque al principio se marginase el análisis de tal cuestión, que la simultaneidad de una relación de servicios del demandante con otra Administración, al margen del problema de incompatibilidad, que pudiera suscitar, no era traba para la constitución y subsistencia del nuevo cargo del actor en el Ayuntamiento demandado, pues con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2º de la L. 53/1984, la posesión del nuevo cargo determinaría, en su caso, la excedencia en el anterior; pero en modo alguno podía privar al demandante de su relación funcional con el Ayuntamiento demandado.

Por todo lo expuesto, se impone el éxito de la apelación, la revocación de la sentencia apelada, y en su lugar la estimación del recurso contencioso-administrativo que aquella desestimó».

*(Sentencia de 26 de septiembre de 1994, Ar. 7109, Conde Martín de Hijas).*

#### IV. HACIENDAS LOCALES

##### 1. *Impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos. Exenciones subjetivas de las Cajas de Ahorro respecto a los tributos municipales.*

«La sentencia apelada deniega la exención tributaria al efecto propugnada por la recurrente con base, primero, en que, «habida cuenta que el solar adquirido va a ser destinado para la construcción de una actividad que no es propia de Monte de Piedad, sino que aparece dentro de aquéllas que tienen las Cajas de Ahorros como entes de carácter social, no puede ser subsumido en la conceptualización de beneficencia o benéfico-social, al tratarse de unas expresiones más concretas y específicas que aquélla de obras sociales»; y, segundo, en que « debe estimarse a la Caja, como sujeto pasivo sustituto, obligada a cumplir las prestaciones materiales y formales ( de aquí la autoliquidación practicada ) de las obligaciones tributarias, si bien con la existencia del derecho de regreso que reestablece la situación de equilibrio (art. 354.2 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril)».

Sin embargo, frente al primero de los criterios apuntados, debe dejarse sentado que, en principio y con carácter genérico, las Cajas de Ahorro, cuando, como ocurre en el presente caso, « son entidades de carácter benéfico-social y están sometidas al Protectorado del Estado a través del Ministerio de Hacienda» (certificación obrante al folio 27 del Expediente de gestión), es decir, son « instituciones calificadas de benéficas» (art. 353.1.d del Real Decreto Legislativo 781/86), gozan de una exención subjetiva respecto a los tributos municipales que, aun limitada, sólo, a «los Montes de Piedad y Obras Sociales de las Cajas expresamente autorizadas», con exclusión de las demás actividades y, especialmente, de las que desarrollen como establecimientos de crédito (art. 24.1 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre), ha de ser ponderada y tenida circunstancialmente en cuenta por los Ayuntamientos exaccionantes, a la hora de girar, o no, las correspondientes liquidaciones.

Así se infiere, lógicamente, de un análisis conjunto de los dos preceptos citados, pues, a pesar de que las Disposiciones Derogatorias de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su apartado c), y del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en dicha materia, Real Decreto Legislativo 781/86, en su punto 1. Tercera, hayan llevado a cabo una derogación formal de la citada Ley 40/81, es evidente que el alcance subjetivo de la exención normativamente otorgada a las Cajas de Ahorro por el artículo 24.1 de dicha Ley ha de entenderse implícito (sin que ello represente una interpretación forzosamente analógica o extensiva) en el texto del artículo 353.1.d del Real Decreto Legislativo 781/86, habida cuenta los siguientes razonamientos:

A) La delegación legislativa autorizada en la Disposición Final Primera de la Ley 7/85, que se traduce, precisamente, en el citado Texto del Real Decreto Legislativo 781/86, alcanza y hace expresa referencia a la «refundición, regulación, aclaración y armonización de las disposiciones legales vigentes», entre ellas la Ley 40/81, nunca a la supresión o erradicación radical (fuera de su derogación formal) de los principios y criterios que, en una progresión normativa, se habían establecido de modo definitivo en las mismas y, concretamente, en el comentado artículo 24.1, (como se declara, y así lo recuerda la recurrente en su demanda de instancia, en la sentencia número 139 dictada, el 9 de mayo de 1988, por la propia Sala de Baleares), por lo que, puesto en comparación el texto del artículo 24.1 con la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 781/86 a los varios preceptos que recogen las exenciones en los distintos tributos municipales, no cabe excluir de las mismas, lógicamente, más que aquellas actividades no referidas a los Montes de Piedad y Obras Benéfico-sociales de las Cajas expresamente autorizadas o que, especialmente, desarrollen las Cajas como establecimientos de crédito.

B) La propia jurisprudencia de esta Sala, a tenor, incluso, del artículo 90.1.d del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, que era la norma vigente, con anterioridad a las Leyes 7/85 y 40/81, que concedía la exención del Impuesto de autos en los mismos y aparentemente estrictos términos del artículo 353.1.d del Real Decreto Legislativo antes citado, tiene establecido, como doctrina, legal (en sentencias, entre otras, de 27 de noviembre de 1990 y 11 de febrero de 1987, en conexión con las de 15 de diciembre de 1982 y 5 de junio de 1978), que «estará exenta a efectos del tradicionalmente llamado arbitrio de Plusvalía la adquisición de terrenos por las Cajas de Ahorro efectuada antes de la entrada en vigor de la Ley 40/81 —pero vigente ya el Real Decreto 3250/76—, cuando dichos terrenos queden afectos a los servicios de las Cajas destinados a Montes de Piedad y Obras Benéfico-Sociales»; y, si

esto era así en dicho interregno normativo, con mayor razón lo ha de ser a partir de la publicación del artículo 24.1 de la Ley 40/81 y de lo que, en un evidente afán clarificador, significó su texto innovador, aunque, frente a la expresividad de otros preceptos del Real Decreto Legislativo 781/86 (los arts. 235.6, 259.4, 279.7 y 319.c, respectivamente relativos a la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, Contribución Territorial Urbana, Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales y Radicación, en los que directamente se habla de las Cajas de Ahorro con el mismo alcance fijado en la Ley 40/81), el citado artículo 353.1.d no contenga tal específica referencia, pues, con abstracción de ser perfectamente aplicable al mismo la filosofía establecida en aquéllos (sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 1990), porque es ésta la conclusión más lógica, el criterio que definitivamente debe aceptarse no puede ser otro, de acuerdo con la doctrina analizada, que el de entender que se ha producido una simbiosis entre los artículos 24.1 de la Ley 40/81 y 353.1.d del Real Decreto Legislativo 781/86. Y,

C) A mayor abundamiento, no hay exclusión entre la literalidad y el sentido de las expresiones «actividades calificadas de benéficas o benéfico-docentes» y «actividades u Obras Benéfico-sociales», pues ya la sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 1991 ha establecido que «el criterio del artículo 24.1 de la Ley 40/81 —en relación, obviamente, con el 353.1.d del Real Decreto Legislativo 781/86— ha de conectarse con las disposiciones reguladores de las Cajas de Ahorro —todas las relacionadas, por ejemplo, en el Tercer Fundamento de Derecho de la sentencia precitada de 11 de febrero de 1987— y, singularmente, con el Estatuto de 14 de marzo de 1933 y con el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, que imponen a dichas entidades la obligación de invertir sus productos, si los tuvieren, entre otros objetivos, en la financiación de obras benéfico-sociales, comprendiendo dentro de ellas no sólo las orientadas a los servicios de asistencia social, sino también a la sanidad pública, la investigación, la enseñanza y la cultura», concepto, éste último, en el que deben quedar comprendidas la erección y construcción, en un terreno adquirido y destinado a tal efecto (acta notarial de 13 de abril de 1987, folios 4 a 7 del Expediente de gestión), de un Centro Cultural, aprobado o autorizado expresamente como Obra Social propia Nueva (certificación del acta de la sesión de 25 de abril de 1983, folio 24 del mismo Expediente), con un presupuesto ratificado oportunamente por el Conseller de Economía y Hacienda del Gobierno Balear (folio 28 de los autos de instancia).

Carece, asimismo, de predicamento el segundo de los criterios básicos de la sentencia apelada, apuntado en el primer párrafo del Fundamento anterior, pues, aun cuando las Cajas, en el sentido interpretativo

expuesto, sólo quedarían, en principio, exentas del impuesto que aquí se discute en el supuesto de que fueran contribuyentes, es decir, titulares de la propiedad del terreno en la modalidad del abono decenal (antigua Tasa de Equivalencia) o adquirentes en las transmisiones a título gratuito, ha de entenderse, sin embargo, que, en los casos como el de autos, en que las transmitentes a título oneroso no resultan excluidas, como obligadas principales o contribuyentes, del pago del tributo, por no estar comprendidas en el artículo 353.1 del Real Decreto Legislativo 781/86, tampoco está constreñida la Caja de Ahorros a la satisfacción del Impuesto, ni siquiera como sujeto pasivo sustituto de las contribuyentes, pues claramente se indica en el artículo 354.1.c del texto mencionado, como excepción a la regla general de la entrada en juego de la sustitución, «salvo en aquellos casos en que el adquirente —es decir, en este supuesto, la Caja de Ahorros— sea una de las personas o entidades que disfrutan de exención subjetiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 353», precepto que ha de aplicarse con el texto que ha quedado expuesto, pues, si bien en el artículo 8 de la Ordenanza Fiscal-tipo aprobada por Orden de 20 de diciembre de 1978 se dice transmitente en lugar de adquirente, con lo que el sentido de aquel precepto sería diferente, dicho cambio no puede tenerse en cuenta, dada no sólo la distinta jerarquía de las normas que los contienen sino también la circunstancia fáctico-jurídica de que el artículo 91.1.c del Real Decreto 3250/76 es del mismo tenor que el 354.1.c del Real Decreto Legislativo 781/86 y, al contener, éstos dos últimos, la expresión adquirente, tiene preeminencia sobre lo que pueda expresarse en la Orden.

En consecuencia, si bien las dos hermanas transmitentes de los inmuebles a título oneroso quedan obligadas al abono del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos como contribuyentes, la Caja de Ahorros, en su concepto de adquirente, no lo está, en este caso, ni como contribuyente ni como sustituto».

*(Sentencia de 25 de febrero de 1994, Ar. 1401, Rouanet Moscardó).*

## V. ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *Otorgamiento de licencia de apertura. Denegación con base en Ordenanza municipal de mercados. Necesidad de interpretación restrictiva de la potestad de aplicación de las ordenanzas según el entendimiento de las mismas por los funcionarios y autoridades competentes. No conteniendo la ordenanza municipal ninguna prohibición procedía el otorgamiento de la licencia.*

«Se impugna en la presente apelación acto de la administración municipal relativo a licencia de apertura de puesto de venta de pescado en un mercado de la localidad, habiendo declarado el Tribunal de instancia la inadecuación a Derecho del acto administrativo de denegación de licencia, sin reconocer sin embargo al peticionario la indemnización de daños y perjuicios que solicitaba.

La sentencia apelada es combatida procesalmente por ambas partes. El Ayuntamiento pretende en apelación que se revoque el fallo del Tribunal de instancia, declarándose conforme a Derecho el acto denegatorio. El peticionario de la licencia, que comparece como apelante y apelado, pretende que se confirme la sentencia respecto a la obligación del Ayuntamiento de otorgar la licencia de apertura, y que se revoque en cambio en cuanto a la declaración de que no procede la indemnización de daños y perjuicios.

Son por tanto estas dos las cuestiones a plantearse para la mejor solución en Derecho del presente proceso.

En cuanto al primero de los dos puntos enunciados hay que partir de la base de que la cuestión debatida se refiere al otorgamiento de licencia de apertura, sin que se discuta en este proceso la licencia de obras, otorgada poco antes del acto ahora impugnado aunque había sido denegada en una ocasión anterior.

Por tanto, estamos ante una licencia que supone un condicionamiento de la actividad privada de acuerdo con las potestades municipales, licencia que tiene carácter reglado, según es sobradamente conocido y ha sido declarado reiteradamente por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. Por tanto, el otorgamiento de la licencia ha de atenerse a la legislación vigente, que en este caso viene constituida, no sólo por la normativa general que regula el régimen local, sino además por las Ordenanzas Municipales reguladoras del Mercado Sur.

En realidad, en cuanto al punto estudiado, ésta es la cuestión básicamente controvertida. La Ordenanza dispone que la finalidad del Mercado será la venta de productos alimenticios y seguidamente lleva a cabo una enumeración de los mismos, que se produce por vía ejemplificadora, sin prohibición expresa de la venta de pescado.

En estas condiciones el Ayuntamiento ha llevado a cabo una interpretación de las Ordenanzas que le condujo a denegar la licencia, afirmando expresamente su potestad interpretativa como se deduce de la

resolución del recurso de reposición. Para ello se han utilizado como criterios que determinan la denegación la producción de malos olores por el puesto de pescado, y la proximidad al Mercado Municipal dedicado exclusivamente a la compraventa de pescados y mariscos.

Es de advertir sin embargo que el primer criterio, ya rechazado por el Tribunal de instancia, no se invoca en apelación. Por el contrario el Ayuntamiento apelante basa principalmente su pretensión en que, según entiende, por la sentencia apelada se ha hecho una interpretación defectuosa de la Ordenanza municipal.

Ahora bien, a juicio de la Sala, cualquiera que sea el criterio de interpretación de las normas jurídicas entre los varios que conoce nuestro ordenamiento y que aduce la representación letrada del Municipio, en ningún caso puede deducirse del texto de la Ordenanza que contenga una prohibición de venta de pescado en el Mercado concreto de que se trata.

Por tanto, constituyendo la exigencia de obtener licencia una restricción de la libertad económica de los particulares, y siendo aquella licencia de carácter reglado, hay que interpretar restrictivamente aquella potestad municipal de aplicación de las Ordenanzas según el entendimiento de las mismas por los funcionarios y autoridades competentes. De aquí se deduce que no conteniendo la Ordenanza municipal aplicable ninguna prohibición, procedía el otorgamiento de la licencia, por lo que debe confirmarse en este punto la sentencia apelada».

*(Sentencia de 2 de marzo de 1994, Ar.1722, Baena del Alcázar).*

## VI. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. *Reclamaciones económico-administrativas. Caducidad del procedimiento de liquidación en ejecución del fallo de un Tribunal Económico-Administrativo. Configuración general y distinción respecto a otros modos de extinción del procedimiento. Falta de materialización por inexistencia de injustificada inactividad procedimental del Ayuntamiento titular de la potestad tributaria. Prescripción del derecho a practicar la liquidación. Interrupción del plazo de prescripción por la interposición de reclamaciones, lo que implica que mientras perdure la tramitación persiste la interrupción.*

«El presente recurso de casación, basado en el motivo cuarto del artículo 95.1 LJCA («infracción de las normas del ordenamiento jurídico



y la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»), se funda, en opinión de la parte recurrente, en las siguientes dos causas:

A) La sentencia de instancia infringe, por interpretación errónea, el artículo 9.3 CE y el principio de seguridad jurídica, porque confunde firmeza y ejecutividad de una resolución administrativa, sin entender que la ejecución de una resolución del TEAC no puede quedar indefinidamente en manos de la Administración obligada a cumplirla; y, como tal R 4 diciembre 1984 había anulado la liquidación tributaria originaria y ordenado que se sustituyese por otra con distinto hito inicial del período impositivo, y el Ayuntamiento de Oviedo se demoró 7 años y medio en hacerlo (hasta el 3 junio 1991), se ha incurrido en la llamada «caducidad del procedimiento de liquidación en ejecución del fallo de un Tribunal Económico Administrativo», entendido como obligación de la Administración (caducidad que es distinta de la «prescripción del derecho a practicar la liquidación», a que alude el art. 64 LGT).

B) La sentencia de instancia infringe también, por no aplicación, el citado artículo 64 LGT, que declara prescrito el derecho a practicar la liquidación, pues aquélla sostiene que no cabe hablar de inactividad de la Corporación, pero no tiene en cuenta que entre el 18 febrero 1985, en que la resolución del TEAC fue recurrida ante la AN, y el 14 junio 1991, en que se notificó la nueva liquidación, pasaron más de 5 años y el artículo 66.1 b) de la comentada Ley considera que los plazos de prescripción se interrumpen por la «interposición de reclamaciones y recursos» y no por su tramitación.

Respecto a la primera de las causas citadas, la parte recurrente aduce que una cosa es la «actividad liquidatoria de la Administración», que normalmente es un derecho, una facultad, que puede ejercerse en el momento que ella estima oportuno, y otra, distinta, es la «actividad liquidatoria de la Administración en ejecución de un fallo del TEAC», que agota o pone fin a la vía administrativa y que, por ello, es inmediatamente ejecutivo y debe ser cumplido.

En apoyo de esta diferenciación y de la segunda de las conclusiones apuntadas, razona que la interposición del recurso contencioso-administrativo deducido ante la AN el 18 febrero 1985 no produjo efectos suspensivos de la resolución del TEAC de 4 diciembre 1984, según lo establecido en los artículos 122 LJCA y 115.2 y 116.1 RD 1991/1981 de 20 agosto, regulador del procedimiento para las reclamaciones económico-

administrativas, pues tal resolución no es una simple declaración con fines retóricos sino que debe ejecutarse en todo caso, tanto si se dictó en vía de instancia como si recayó, al igual que aquí acontece, en vía de alzada; ya que, en definitiva, de la misma manera que Banco S., S.A., caso de haber sido desestimatoria la resolución del TEAC, hubiera tenido que ingresar la deuda tributaria en ejecución de dicho fallo, de la misma manera, el Ayuntamiento de Oviedo tenía también la obligación de anular la anterior liquidación y practicar otra nueva, iniciando, para ello, un procedimiento administrativo ejecutorio de la resolución.

Continúa alegando que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) fundamenta no sólo la prescripción de los derechos sino también la caducidad (perención) de los procedimientos, instituciones, ambas, que tienen perfecta cabida en el ámbito tributario (TS S 18 diciembre 1991) y que, a pesar de sus diferencias (la caducidad no admite causas de interrupción), pertenecen al mismo ámbito instrumental de la extinción por inactividad durante un plazo, de modo que hay preceptos legales de la figura más elaborada normativamente, como es la prescripción, que son aplicables a la menos desarrollada, entre ellos el artículo 1.969 CC, según el cual «el tiempo de la prescripción se contará desde el día en que pudieran ejercitarse las acciones» (de modo que, en el supuesto de autos, a tenor de la TS S 1 junio 1988, el plazo para ejecutar la resolución del TEAC era el estatuido al efecto por el ordenamiento jurídico o, en su defecto, el de 6 meses previsto en el art. 61.1 LPA de 1958, pero no el de 7 años y medio que tardó la Corporación en hacerlo).

Y concluye afirmando, con la sentencia del TS de 30 septiembre 1988, que, si bien el artículo 99 LPA de 1958 contempla únicamente como causa de caducidad del expediente su paralización «por causas sólo imputables a los administrados» en cuanto interesados, y no a la Administración, como ésta tiene el deber de impulsar por sí misma el procedimiento y no está habilitada, por tanto, para mantener, legalmente, injustificadas situaciones de incertidumbre, paralizando a su antojo o por su desidia un procedimiento, se ha de concluir que la suspensión o quietud del expediente administrativo por la Administración, «sin motivo alguno que lo justifique», vulnera los principios generales de seguridad jurídica y de servicio objetivo de los intereses generales y constituye causa de caducidad procedimental que arrastra tras sí la caducidad de la acción (en este caso) de liquidación. Y, en esta línea hermenéutica, las sentencias del TS de 17 octubre 1991 y 18 mayo 1992 declaran que la doctrina ha sugerido la conveniencia de introducir, junto a la caducidad producida por causa imputable al

administrado, la generada por la inactividad de la Administración en los procedimientos incoados de oficio, pues la pasividad de la misma podría hacer pensar al interesado que se había desistido de la actuación debida realizar.

Esta primera causa casacional carece, no obstante los argumentos expuestos, de todo predicamento, en el caso presente, habida cuenta las siguientes consideraciones, basadas en un análisis de los diferentes planos o estadios graduales que, dadas las circunstancias fáctico-jurídicas concurrentes, exige la interpretación de la caducidad que aquí se cuestiona:

A) La llamada «caducidad del procedimiento» (o «perención», según reiterada jurisprudencia de esta misma Sala), que se encontraba regulada, al tiempo de los hechos de autos, en los artículos 71 y 99 LPA de 1958 y, paralelamente, por lo que al procedimiento económico-administrativo se refiere, en los artículos 112 a 114 del ya citado RD 1991/1981, tiene lugar, según dichos preceptos, a virtud de declaración de la Administración, cuando, paralizado el procedimiento por causa imputable al administrado interesado, éste no remueve el obstáculo que impide su prosecución en el plazo que la ley señala, a pesar de haber sido requerido para ello por aquélla. Es, pues, un modo de extinción que tiende a evitar la pendencia indefinida de un procedimiento (y la inseguridad jurídica que ello implica) que se halla inactivo y suspendido por la desidia o incuria del propio administrado.

A diferencia de la renuncia, del desestimiento, del allanamiento o de la transacción, que son verdaderos actos jurídicos, unilaterales o plurilaterales, de Derecho material o formal, la causa de caducidad del procedimiento no es un acto de ninguna clase (al menos, positivo), sino un hecho (o, como mucho, un acto omisivo): el transcurso del tiempo sin la realización de actos procedimentales, dentro de un expediente pendiente o paralizado.

Por otra parte, en el marco institucional en que el factor tiempo es elemento determinante, nada tiene tampoco que ver la caducidad que estamos examinando con la prescripción extintiva, con la caducidad o decadencia de derechos o con la preclusión. Pues, por una parte, en la prescripción extintiva, la inercia del titular de la relación jurídica (en este caso, de la relación tributaria), o, mejor aún, el silencio de dicha relación durante el plazo de tiempo determinado por la Ley, significa la extinción de la deuda u obligación y, por tanto, la del correspondiente derecho de crédito de la Administración; por otro lado, la caducidad o decadencia de derechos presupone la temporalidad congénita de los

mismos y su sujeción a un plazo extintivo fijado por la ley o por la voluntad de los particulares, de modo que, si no se ejercen dentro del mismo, pierden toda su virtualidad; y, por último, la preclusión, que es, en realidad, una variedad de la modalidad institucional anterior, implica la fijación de un plazo breve perentorio para la realización de los sucesivos actos procedimentales, con la consecuencia de que, vencido el plazo correspondiente, no puede ya practicarse el acto respectivo, que se pierde o fenece y debe pasarse al período siguiente.

La caducidad del procedimiento (o perención), tal como aparece regulada en los preceptos antes citados de la LPA de 1958 (después de la modificación introducida en el año 1963) y en el RD 1991/1981, exige, según la literalidad e *intentio* de los mismos, además de una clara y previa separación conceptual con el tema de la duración máxima del procedimiento o tardanza en resolverlo (prevista, respectivamente, en los arts. 61 y 70 de ambas disposiciones, con la única secuela de poder exigirse responsabilidad funcional por el retraso, sin anularse lo actuado), los siguientes requisitos: 1) Paralización del procedimiento imputable al administrado interesado que lo inició, referida al cumplimiento del trámite legalmente indispensable para la continuación del mismo. 2) Consecuente e inmediato requerimiento por la Administración a dicho interesado para que haga desaparecer el obstáculo o la inacción que se oponía al desarrollo normal del procedimiento, con apercibimiento de que de no cumplirlo en el plazo de 3 meses se declarará la caducidad de la instancia, con archivo de las actuaciones. 3) Silencio del administrado interesado durante ese plazo de 3 meses, contado desde que se le notificó la advertencia de caducidad. 4) Consecuente declaración expresa, por la Administración, de la caducidad (en lugar de la mera producción *ope legis* de la misma), porque, al afectar indudablemente la extinción o terminación del procedimiento a los derechos o intereses del administrado, ha de dársele la oportunidad de recurrir, y, para ello, no basta con requerirle, en su momento, sino que es necesario notificarle la resolución y, previamente, dictarla (haciendo la expresa y constitutiva declaración de la caducidad). 5) Inocuidad respecto a la prescripción, pues «la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración» (arts. 99.2 y 114.3 de la Ley y Real Decreto antes citados), ya que ambas instituciones juegan por separado, de modo que, si no ha transcurrido el plazo para que queden extinguidos los derechos que sirvieron de base a la petición deducida en el procedimiento caducado, su titular podrá incoar en cualquier momento un nuevo procedimiento para hacer efectivo aquel derecho; sin embargo, «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» (lo cual implica, *sensu contrario*,

que los procedimientos no caducados, cualquiera sea su duración, sí interrumpen el plazo de prescripción).

En principio, puede concluirse, pues, de acuerdo con la sentencia de instancia y con una ya reiterada jurisprudencia de esta Sala, que, al no ser el administrado interesado, Banco S., S.A., el protagonista de la pretendida inactividad o incumplimiento resolutorio imputado al Ayuntamiento, no cabe otorgar carta de naturaleza, a tenor de la normativa imperante al tiempo de los hechos, a la caducidad de procedimiento denunciada por la recurrente.

B) Ciertamente es, como ha puesto de relieve la parte recurrente, que algunas sentencias de esta Sala admiten, ya, la caducidad del procedimiento por causas objetivamente imputables a la propia Administración, sobre todo cuando el trámite ha sido iniciado de oficio (y se refiere, especialmente, al ejercicio de la potestad sancionadora), pues, teniendo la Administración el deber de impulsarlo por sí misma, su inactividad y la consecuente paralización (por su incuria o desidia) de las actuaciones, significaría, de no llevar implícita la consecuencia de la caducidad, el habilitar el mantenimiento, legalmente, de injustificadas situaciones de incertidumbre, desencadenantes de evidentes perjuicios para los administrados interesados; y, por ello, cabe afirmar que la paralización del expediente administrativo, por inacción de la Administración, «sin motivo alguno que lo justifique», debe generar la caducidad del procedimiento.

Pero, aun aplicando tal criterio al supuesto de autos, no puede decirse que el Ayuntamiento, titular de la potestad tributaria, ni como recurrido en las reclamaciones económico-administrativas seguidas, en ambas instancias, ante el TEAP Oviedo y ante el TEAC, ni como posterior recurrente contencioso-administrativo ante la AN, haya incurrido, por su parte, en una injustificada inactividad procedimental, ya que, después de la resolución del TEAC de 4 diciembre 1984 por la que se le ordenaba girar una nueva liquidación con otros módulos más beneficiosos para los sujetos pasivos, interpuso contra la misma el citado recurso contencioso-administrativo ante la AN, en el que, sin solución de continuidad, como se infiere del contenido de la S. 5 junio 1990 (obstante a los folios 53 a 58 del expediente de gestión), se materializaron las oportunas alegaciones y se desarrollaron las demás actuaciones reglamentarias.

Ciertamente es que, hasta después de dictada la indicada sentencia, no se cumplimentó la resolución económico-administrativa de 4 diciembre 1984, pero para que tal inicial inactividad, plenamente justificada por la

intercalación de la vía contencioso-administrativa y la persistencia de la controversia y control jurisdiccional con ella generada, pudiera haber provocado la caducidad del procedimiento de ejecución de aquélla, hubiera sido también necesario que concurrieran *mutatis mutandi* los mismos requisitos que antes se han dejado reseñados, es decir, paralización del expediente imputable, en este caso, a la Corporación, y requerimiento o intimación, por el TEAC o TEAP, a la misma, de que de no poner en práctica las actuaciones de ejecución en el plazo de 3 meses tendría lugar la declaración de caducidad. Y tales requisitos es obvio que no se han observado, pues, además de que esa imputada inacción tuvo su justificación en el interés de la Corporación en concretar, en vía de revisión de la decisión económico-administrativa, la definitiva conformación de los elementos determinantes de la exacción discutida, y no obedeció, por tanto, a la mera incuria o capricho de la Administración, el TEAC, ni espontáneamente ni a instancia de Banco S., S.A. (que también fue parte en el proceso seguido ante la AN), le hizo clase alguna de requerimiento (y no llegó a materializar, por tanto, la declaración de caducidad).

En este sentido, las sentencias de esta Sala de 22 noviembre 1988 y 19 noviembre 1989 han dejado sentado que: «La doctrina científica llamó la atención sobre la conveniencia de regular la producción de la caducidad —o perención— en el caso de la inactividad de la Administración, pero reconocía que no hay términos hábiles para, en ausencia de Ley, admitir este supuesto..., pues es claro que la LPA de 1958 regula únicamente la caducidad por acto imputable al particular, lo que, aunque no deba considerarse una situación ideal, constituye el derecho querido —entonces— por el legislador; y, de otra parte, y aun cuando se obviara este motivo de crítica, es también claro que no tiene razón de ser que en Derecho administrativo haya dos mecanismos procesales para producir la caducidad: con requerimiento previo y de forma automática; y, por eso, esta Sala, en A 21 julio 1988, aclaratorio de la S. 15 junio 1986, dijo ya que no se puede hacer de peor condición a la Administración, entendiéndose que el simple transcurso del plazo, sin requerimiento alguno, produce, de manera automática, la caducidad...; por tanto, de acuerdo con la tesis de ese auto —que, en realidad, es sentencia, ya que, al aclararla, se incorpora a ella—, para que se produzca la caducidad del procedimiento por acto de la Administración, es necesario que se practique un acto expreso de requerimiento dirigido, en tal sentido, a la misma, no pudiéndose admitir, porque ello rompería la coherencia del sistema jurídico-administrativo, que la caducidad obre de forma automática».

A mayor abundamiento, el artículo 122 LJCA establece que «la interposición del recurso no impedirá a la Administración ejecutar el acto

objeto del mismo», lo cual implica, en principio, que, salvo que se generen efectivos perjuicios al administrado interesado, la Administración no tiene obligación perentoria de ejecutar el acto recurrido, sino, en todo caso, una facultad o potestad de cumplirlo, la potestad administrativa ejecutoria, que, con la salvedad expuesta, no debe entenderse que esté arbitrada en términos imperativos para quien es su titular. Sobre todo, teniendo en cuenta, por un lado, que, en el presente caso, el recurrente en vía jurisdiccional ante la AN fue el propio Ayuntamiento; y, por otro, que, durante la tramitación de las reclamaciones económico-administrativas, Banco S., S.A., había interesado y obtenido la suspensión mediante aval de la liquidación, y, una vez recurrida judicialmente la resolución del TEAC, la no ejecución de la misma durante la pendencia de la controversia no implicó, para dicho obligado tributario desembolso efectivo alguno ni prestación temporal de aval (hasta que la sentencia clarificara la virtualidad de la liquidación girada o por girar). En definitiva, como declara la sentencia de esta Sala de 5 marzo 1987, «la potestad de ejecución inmediata de los actos administrativos encuentra su justificación en la necesidad de evitar que la celeridad que, con carácter normal, debe presidir la actividad administrativa —arts. 29 LPA y 103 CE— no se vea entorpecida por un formalista uso de las vías procesales» (sic).

En la nueva L 30/1992 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, junto al artículo 92, donde se regula la caducidad de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el artículo 43.4 establece que, «cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio, no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos —expresión negativa que, pese a su ambigüedad, parece referirse a los procedimientos sancionadores o semejantes—, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de 30 días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada —de forma automática, al parecer, sin requerimiento previo—, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento». Pero es obvio que las novedades introducidas por este precepto, que de todos modos no serían aplicables al caso controvertido —por la naturaleza y fin del procedimiento cuestionado en el presente caso—, carecen de virtualidad respecto al mismo, pues, *sensu contrario*, no estando vigentes al tiempo de los hechos que se analizan, no pueden servir de criterio regulador de sus peculiares vicisitudes.

C) Desde una última perspectiva, no debe dejarse de lado que se está aquí, en cualquier caso, ante la pretendida inexecución o ejecución tardía de una resolución del TEAC, y, a tal efecto, además de lo expresado, como arguye la parte recurrente, en el artículo 116.1 RD 1991/1981, ha de tenerse en cuenta, según los aps. 1, 2 y 3 artículo 115, que, «una vez incorporado al expediente el justificante de la notificación de las resoluciones dictadas en única instancia, la Secretaría devolverá todas las actuaciones de gestión, con copia certificada de la resolución, a la dependencia de que procedan, la cual deberá acusar recibo de las mismas», que «si como consecuencia de la resolución algún Organismo, Centro o Dependencia debiera rectificar el acto administrativo que fuera objeto de reclamación, lo verificará dentro del plazo de 15 días, dando cuenta al Organismo que hubiera dictado la resolución del cumplimiento de ésta y de la notificación del nuevo acto administrativo consecuencia de la ejecución», y que «en la misma forma se procederá después de incorporarse al expediente el justificante de la notificación de las resoluciones dictadas en primera instancia cuando sean firmes, pero, si fuesen objeto de impugnación, se remitirán las actuaciones al Organismo competente para conocer el recurso interpuesto», todo lo cual implica, según el tenor lógico de dichos preceptos, que, en los supuestos en que la resolución del TEAP (hoy, TEAR) o, en su caso, del TEAC sea impugnada, incluso en vía jurisdiccional, en lugar de procederse a su ejecución dentro del plazo de los 15 días (en los términos previstos en el ap. 2), deben remitirse todas las actuaciones, incluidas las de gestión, al órgano económico-administrativo o jurisdiccional que sea competente, con lo que, en principio, tanto el TEAP (hoy TEAR) y el TEAC (según los casos) como el Organismo de gestión (en este supuesto de autos, el Ayuntamiento liquidador) pierden, momentáneamente, su jurisdicción, y quedan pendientes, por la falta de perfilación definitiva de los elementos determinantes de la exacción (dada la controversia sobre ellos), las actuaciones de ejecución de la resolución económico-administrativa, hasta que adopte su decisión firme el último órgano económico-administrativo o jurisdiccional que conozca del asunto.

A mayor abundamiento, el artículo 117 RD 1991/1981 establece que «1. Los Jefes de las Secciones del TEAC y los Secretarios de los TEAP (hoy, TEAR) vigilarán el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el Organismo respectivo, adoptando por sí o proponiendo al Presidente, según proceda, las medidas pertinentes para remover los obstáculos que se opongan a su ejecución. 2. Si lo estimaran conveniente exigirán que cada 15 días se les comuniquen por la oficina o Tribunal correspondiente los trámites realizados hasta conseguir el total cumplimiento del fallo dictado», y, en consecuencia, si, en el caso de autos, ni el TEAC ni



el TEAP (hoy, TEAR) han promovido, por sí o a instancia del administrado interesado, medida alguna requiriendo o exigiendo del Ayuntamiento de Oviedo la realización de los trámites necesarios, durante la pendencia del recurso contencioso-administrativo deducido por dicha Corporación ante la AN (en el que también intervenía como parte Banco S., S.A.), no cabe que este último, una vez concluso el proceso jurisdiccional, arguya que se ha incurrido en la caducidad del procedimiento de ejecución por causa imputable a la Corporación.

En definitiva, no concurren, en el presente caso, los presupuestos precisos para poder estimar que se ha materializado la caducidad del procedimiento denunciada por la parte recurrente.

Respecto a la segunda de las causas casacionales, la parte recurrente, distinguiendo entre la caducidad del procedimiento de ejecución de una resolución del TEAC y la prescripción del derecho de la Corporación exaccionante a practicar la (nueva) liquidación, alega, al menos a efectos dialécticos, que este derecho a liquidar está, también, prescrito, pues entre la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la AN (el 18 febrero 1985) y la notificación de la nueva liquidación (el 14 junio 1991) han transcurrido más de 5 años, y, aunque en ese lapso temporal el Ayuntamiento realizó la actividad de deducir el mencionado recurso jurisdiccional, dando lugar, así, aparentemente, a la causa de interrupción de la prescripción del artículo 66.1 b) LGT, tal efecto no se ha producido, en realidad, porque dicho precepto se refiere, como dotado de virtualidad interruptiva, al acto de interposición del recurso y no a su sustanciación, de modo que si ésta supera los 5 años la prescripción se consuma.

El razonamiento anterior no puede prosperar, habida cuenta que:

A) El artículo 66.1 b) LGT dice claramente que el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria (en este caso, la nueva deuda tributaria) mediante la oportuna liquidación se interrumpe por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, y tal expresión contextual implica, aplicando, simultáneamente, *sensu contrario*, lo establecido en el artículo 114.3 RD 1991/1981 (más arriba comentado), que, mientras perdure la tramitación y sustanciación de la reclamación o del recurso, y siempre que el reclamante o recurrente no desista de ellos, ni se declare pertinentemente caducado el procedimiento o la instancia, persiste la interrupción de la prescripción del derecho cuestionado, porque si «los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción» es

evidente que, al contrario, los procedimientos no caducados, aunque su tramitación se haya extendido en el tiempo más de 5 años, sí interrumpen dicho plazo de prescripción, siempre que se haya producido la actividad propia y requerida legalmente (sin solución de continuidad y dentro de los plazos normativamente establecidos —circunstancias que se infieren positivamente de la AN S 5 junio 1990—) para dictar la pertinente resolución.

No cabe dar, pues, la importancia que se pretende por la recurrente a la diferenciación entre el simple e instantáneo mecanismo de la interposición de la reclamación o recurso y el *status* sustanciador de los mismos, con el fin de imputar toda la fuerza interruptiva sólo al primero, porque interponer y no sustanciar carece, en sí mismo y en atención a su efectividad práctica, de sentido jurídico y procedimental.

B) La interposición de la reclamación o recurso con efectos interruptivos tanto la puede hacer el administrado interesado (aunque, en este caso, en que, estando en principio favorecido por la prescripción iniciada e interesado, lógicamente, en que la misma se consuma, no le conviene, por absurda, la promoción de la impugnación, y debe entenderse, por tanto, el texto del precepto en el sentido no de que la interrupción se origina con tales actos impugnatorios sino en el de que una prescripción ya interrumpida por otro acto distinto —como lo puede ser, en este caso, el giro de la primera liquidación— continúa interrumpida durante la sustanciación de la reclamación o recurso) como la propia Corporación exaccionante (como acontece en este supuesto de autos), porque, además de que el tenor del precepto no distingue y su generalidad admite ambas posibilidades, ambos sujetos de la relación tributaria pueden tener interés, en el proceso dinámico de la fijación definitiva de los elementos determinantes de la deuda tributaria, en formular la impugnación de los que vayan configurándose en los distintos estadios resolutorios de concreción.

C) Si bien esta Sala tiene adoptado, circunstancialmente, el criterio jurisprudencial de que la prescripción del derecho de la Hacienda Pública para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, que establece el artículo 64 a) LGT, opera aun en el supuesto de haberse interpuesto reclamación económico-administrativa siempre que, durante el curso de ésta, transcurran más de 5 años sin que por parte del reclamante o de la Administración se produjera ninguna actuación interruptiva, tal criterio no es aplicable al caso de autos, porque: 1) Según los datos expuestos en el primer fundamento de Derecho y según los que se deducen del contenido de la sentencia de la AN de 5

junio 1990, ni Banco S., S.A., ni el Ayuntamiento de Oviedo han permanecido en silencio, sin promover la pertinente actuación procedimental, más de 5 años, durante la tramitación de las dos instancias económico-administrativas y del recurso contencioso-administrativo, y 2) La doctrina citada es válida sólo en los supuestos en que la potestad tributaria venga ejercida por la Administración del Estado, pues, en tales casos, la revisión económico administrativa es realizada por otro órgano que, aunque especializado, no deja de pertenecer al ámbito de la misma Administración, mientras que, por el contrario, carece de predicamento (y esto es mucho más evidente a partir del transcurso de 1 año de la entrada en vigor de la L 7/1985 de 2 abril, según el tenor de su disp. trans. 10) cuando los actos impugnados, como aquí acontece, proceden de la Administración Local y, a pesar de su genuina autonomía decisoria, se someten al control, previo al contencioso-administrativo, de un órgano de otra Administración, como es la del Estado.

Además, en cualquier caso, la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo, hasta el punto de que el plazo prescriptivo no puede ser entendido y aplicado en forma tan absoluta que no permita ponderadas y racionales interrupciones.

Es de destacar, asimismo, que no se está cuestionando, aquí, la virtualidad de la liquidación girada el 3 junio 1991, en cumplimiento, una vez dictada la sentencia de la AN, de la resolución del TEAC de 4 diciembre 1984, sino la de la liquidación posterior de 17 septiembre 1991, derivada del acuerdo del Ayuntamiento de 11 del mismo mes y año parcialmente estimatorio del recurso de reposición formulado contra la anterior y confirmada por la sentencia del TSJ Asturias de 19 noviembre 1992. Y, como en el citado recurso de reposición y en la consecuente demanda jurisdiccional de instancia, junto a la pretensión de prescripción, en el primero de dichos escritos, y a la de prescripción y caducidad (caducidad que entendemos como una nueva alegación jurídica basada en el mismo hecho de la aparente inactividad de la Corporación, y no una cuestión nueva insusceptible de tratamiento jurisdiccional), en el segundo de ellos se deduce también una petición principal, tendente a la declaración de no sujeción o exención de la exacción, no otorgando, por tanto, para obtener tal último efecto, carácter definitivo a la liquidación de 3 junio 1991 dimanante de la resolución del TEAC de 4 diciembre 1984, es evidente que, habiendo logrado el obligado tributario hoy recurrente, a resultas de la reposición, una nueva reducción de la cuota

tributaria, no puede, ahora, de no renunciar implícitamente a esta última ventaja, optar, también, a la anulación, por prescripción del derecho a liquidar o por caducidad del procedimiento de ejecución, de la parte material de la liquidación de cuya preexistencia y virtualidad jurídicas ha partido para la obtención, al menos, de la bonificación de la cuota. Estamos, en cierto aspecto, en la actuación de la recurrente, ante un contrasentido, que se traduce, ante una sola situación jurídica, en la aceptación, al menos parcial, de lo que beneficia y en el rechazo de lo que perjudica, incurriendo, así, en una infracción del principio de no poder ir contra los actos propios».

*(Sentencia de 29 de enero de 1994, Ar. 348, Rouanet Moscardó).*

## VII. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Autotutela tributaria del Estado. Discrepancia entre el tratamiento de la ejecutividad general de los actos administrativos y el sistema de ejecutividad de los actos de gestión tributaria de la Hacienda Pública.*

«La cuestión a resolver en el presente caso no es otra sino la procedencia o improcedencia de suspender la ejecutividad del acto de gestión tributaria que se impugna en los cauces del proceso principal; cuestión que, en este supuesto concreto, ha sido objeto de una numerosa y reiterada doctrina de esta Sección Segunda de la Sala Tercera.

Como en ella se dice, la norma rectora del pronunciamiento a que se llegue, en principio, claramente está contenida en el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, en cuanto establece: Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; precepto que ha sido profusamente interpretado por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, tanto de este Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, y que, a la vez, plantea la necesidad de su conjugación con lo dispuesto en el artículo 22.1 del Texto articulado de la Ley de Bases 39/1980, de 5 de julio, aprobado por Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, y con los artículos 81 y concordantes del vigente Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico administrativas de 20 de agosto de 1981, los cuales coinciden en disponer que la ejecución del acto administrativo impugnado se suspenderá a instancia del interesado si en el momento de interponer la reclamación se garantiza [...] el importe de la deuda tributaria.

Se trata por tanto de desentrañar el alcance actual del antes citado artículo 122.2 de la Ley Procesal de lo Contencioso Administrativo, habida cuenta de la evolución operada en el instituto de la autotutela tributaria del Estado o ejecutividad de los actos de la Hacienda Pública, abstracción hecha de la solución que proceda en otros campos. Además hay que tener presente que el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, sobre recurso de reposición en materia de Hacienda Pública, llega a igual conclusión [....].

Lo que antecede refleja, pues, una discrepancia entre el tratamiento de la ejecutividad general de los actos administrativos de la vieja Ley rectora del proceso contencioso, y el moderno sistema de la ejecutividad de los actos de gestión tributaria de la Hacienda Pública en disposiciones que, aun cuando en ocasiones tengan rango de ley, para nada afectan a aquél. La Ley Jurisdiccional sólo parece permitir la suspensión cuando de la ejecución se deriven daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; la Administración Fiscal ha asumido la obligación de suspender siempre que lo solicite el contribuyente y afiance la deuda tributaria. De otra parte, en el especial proceso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, el artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, llega, incluso —sin duda por los altos intereses que tutela— a invertir el sistema tradicional, en cierta forma.

Quiere decir todo ello que el propio comportamiento que se ha impuesto a sí misma la Administración tributaria obliga a interpretar el artículo 122.2 en el sentido de que el pago de las cuotas controvertidas puede acarrear daños de reparación difícil para el contribuyente, en tanto que no se produce aquél para la Hacienda Pública cuando el importe de la deuda tributaria queda suficientemente garantizado mediante el oportuno aval, caución o fianza. Sería contradictorio que la Oficina gestora, los Tribunales Económico-Administrativos, los Delegados de Hacienda, incluso el Director General de Recaudación o el propio Ministro de Economía y Hacienda suspendan (hasta sin caución) la inmediata ejecución de los actos de gestión tributaria, y en la vía jurisdiccional aquella suspensión hubiera de quedar limitada a los supuestos donde el contribuyente pruebe categóricamente la producción de daños o perjuicios de reparación, nada menos que difícil o imposible. De ahí que la suspensión jurisdiccional de aquellos actos, cuando se aleguen daños o perjuicios de su inmediata ejecutividad y se preste caución o fianza bastante para garantizar el pago de la deuda tributaria controvertida, ha de entenderse ajustada a Derecho».

*(Auto de 18 de febrero de 1994, Ar. 1380, Pujalte Clariana).*

2. *Partes. Los conceptos de codemandado y coadyuvante deben responder a las determinaciones establecidas en la Ley Jurisdiccional, con independencia de las expresiones terminológicas que se hayan empleado por las partes en las actuaciones procesales. Las facultades inherentes al ejercicio de la potestad expropiatoria permiten a la Corporación expropiante ser parte principal, no coadyuvante en los litigios derivados de la actuación de dicha potestad.*

«Por lo que se refiere a este recurso, es decir, al interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, la representación procesal de Don José Martínez Nieto alega como causa de inadmisibilidad del recurso que la citada Corporación municipal compareció en la primera instancia como parte coadyuvante de la Administración del Estado y el artículo 95.2 de la Ley de la Jurisdicción impide interponer recurso de apelación a los coadyuvantes con independencia de las partes principales. El Ayuntamiento de Cartagena se personó en primera instancia «en concepto de demandado» (escrito fechado el 27 de enero de 1988), no obstante lo cual en la sentencia se le consideró como parte coadyuvante de la Administración General del Estado y en esta calidad manifiesta interponer el recurso de apelación. El artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional califica como parte demandada no sólo a la Administración de que proviniera el acto objeto del recurso, sino también a las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto, mientras que puede intervenir en el proceso como parte coadyuvante del demandado cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto impugnado (art. 30). Los conceptos de codemandado y coadyuvante deben responder a las determinaciones establecidas en los preceptos citados, con independencia de las expresiones terminológicas que se hayan empleado por las partes o en las actuaciones procesales (véase en este sentido la sentencia de 8 de noviembre de 1983). En un litigio sobre expropiación la Administración expropiante —que en el presente caso es el Ayuntamiento de Cartagena— ejerce la potestad expropiatoria, que se materializa esencialmente en conseguir la finalidad de utilidad pública (o interés social) que constituye la causa de la expropiación. Por lo tanto, como titular de dicha potestad, de la que derivan distintos derechos públicos subjetivos, debemos considerar al Ayuntamiento de Cartagena parte codemandada en el proceso que examinamos, aun cuando tenga por objeto la impugnación por el expropiado del justiprecio fijado por el Jurado y exista un beneficiario de la expropiación (la Junta Mixta de Compensación del Polígono de Santa Ana de Cartagena), pues ello no anula en absoluto las facultades inherentes al ejercicio de la potestad expropiatoria, que permiten a la Corporación expropiante ser parte principal, no coadyuvante, en los litigios derivados de

la actuación de dicha potestad, lo que da lugar a la procedencia de rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso de apelación promovido por el Ayuntamiento de Cartagena que hace valer la parte apelada».

*(Sentencia de 19 de abril de 1994, Ar. 2715, Goded Miranda).*

3. *Recurso de casación en interés de la ley. Legitimación. Entidades o Corporaciones que ostentan la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuvieren interés legítimo en el asunto. Este no es el caso de las organizaciones profesionales o sindicatos de funcionarios.*

«La funcionaria de la Comunidad Autónoma de Madrid, Doña Aurora Hernández Astillero, adscrita a la Consejería de Cultura, ha litigado sobre el abono de diferencias retributivas con otros funcionarios procedentes de la extinta Diputación Provincial de Madrid, singularmente en cuanto se refiere al complemento denominado «gratificación especial Diputación de Madrid», siéndole denegado en la vía administrativa y desestimado su recurso contencioso-administrativo en virtud de la sentencia recaída, en autos del recurso número 476/91, con fecha 18 de junio de 1993, dictada en única instancia por la Sección Séptima de la Sala de esta Jurisdicción en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Frente a esta sentencia, no susceptible de recurso de casación (arts. 93-2-a y 102-a-2 de la Ley Jurisdiccional en la reforma introducida por Ley 10/1992), se promueve el presente recurso de casación en interés de Ley por la Organización Profesional de Funcionarios de la Comunidad de Madrid (FUCAM), con respaldo en el artículo 102-b de la mencionada Ley, siendo el primer problema a dilucidar el de si tal recurso, por cumplir los inexcusables presupuestos formales que tal precepto exige, es o no admisible.

Es requisito necesario de la demanda que inicia este singular recurso de casación el de que en la misma se haga explícita y concreta fijación de la doctrina legal que para el caso de estimación del recurso sustituya a la errónea así declarada por el Tribunal Supremo, pues la esencia de esta modalidad casacional radica en la corrección de dicha doctrina errónea, no en virtud del efecto anulatorio de la sentencia de casación, sino con efectos de doctrina legal que para el futuro evite se incida en el error jurídico. Ello requiere que por parte de los legitimados se recabe del Tribunal Supremo, en términos de precisión y desde luego en forma explícita, cuál es la doctrina legal que se pretende fijar para el futuro, de suerte que la omisión de este requisito determina

realmente una demanda sin pretensión, lo que conduciría a su inadmisibilidad, por imperativo del artículo 102-b, ap. 4 de dicha Ley.

Mas aun, superado dicho obstáculo formal, ha de examinarse la cuestión de si ostenta suficiente legitimación activa, o facultad de promoción de este recurso, la Organización profesional FUCAM demandante, como organización sindical funcionarial. Pues bien, la cuestión se halla ya resuelta en sentido negativo por sentencia de esta Sala y Sección de 30 de abril de 1994, a cuya doctrina hemos de remitirnos. Se decía en tal sentencia que la legitimación activa del artículo 102-b-1 se contrae, además de a la Abogacía del Estado, a las «Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto», comprendiendo tal expresión a las Entidades o Entes corporativos que tengan personificación pública, integrando la llamada Administración Corporativa, pues si este recurso de casación se orienta a preservar el interés general encarnado en las normas estatales, cuando éstas no sean rectamente aplicadas, la promoción del interés general ínsito en dichas normas parece razonable que se encomiende junto a los Entes Públicos territoriales a aquellos otros que de algún modo ejerzan potestades o funciones públicas y en cuanto las ejercen, lo que remita a los encuadrados en la Administración corporativa. Este no es el caso, establecía dicha sentencia y hemos de reiterar ahora, de las organizaciones profesionales o sindicatos de funcionarios, como tampoco lo sería de las asociaciones empresariales, por más que unos y otros cumplan importantes cometidos de representación y defensa de intereses profesionales, y aunque no se configuren como puras asociaciones de las aludidas por el artículo 22 de nuestra Constitución.

Ha de concluirse, en consecuencia, que el recurso de casación en interés de la Ley se halla promovido por quien, como la citada Organización Profesional de Funcionarios de la Comunidad Autónoma de Madrid (FUCAM), carece de suficiente legitimación activa, siguiendo así también el criterio de la sentencia dictada el 23 de noviembre de 1993, por el Pleno de esta Sala 3ª, lo que conduce a la declaración de inadmisibilidad del presente recurso».

*(Sentencia de 17 octubre de 1994, Ar. 7958, García Manzano).*

## VIII. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. *Gestión de servicios públicos. Conservación y reforma de pavimentos. Cláusula de revisión de precios. Sólo puede ser aplicable la revisión de precios cuando se esté ante un típico contrato de obras.*



«Ya se ha señalado anteriormente que en la sentencia apelada, reiterando el criterio de la sentencia, confirmada por este TS, que fue dictada en el proceso anterior, se afirma que el contrato litigioso es un contrato atípico, próximo al contrato de obras, al que le son aplicables determinadas disposiciones del artículo 4 DL 2/1964 por su compatibilidad con las características del contrato en cuestión. Pero en relación con la indicada calificación del contrato litigioso preciso es tener en cuenta que la esencia institucional del contrato de gestión de servicios públicos se encuentra en la continua y regular prestación del servicio contratado durante el tiempo que se estipule en el contrato, no siendo su objeto un fin que se agote con el desarrollo de la actividad del contratista, sino que, vencido su término o plazo, la misma actividad en cuanto servicio público deberá continuarse prestando por la Administración titular del servicio o por terceras personas a través de los medios previstos en la normativa administrativa para la gestión indirecta de los servicios públicos. Pues bien, en la cláusula A.I-5 del Pliego de Condiciones Técnicas al que se viene aludiendo, referida a la duración del contrato, se prevé, tras de indicarse que aquélla es de 3 años prorrogables por la tácita, que si se acordase la resolución del contrato, bien por propia iniciativa de la Corporación municipal o bien a solicitud del adjudicatario, éste, si la Corporación lo estima procedente, quedará obligado a continuar prestando el servicio hasta la adjudicación de la nueva licitación o por un determinado plazo que la cláusula determina. Las disposiciones que se acaban de indicar, tendentes a garantizar la continuidad en la prestación del servicio de mantenimiento de los pavimentos viarios de Madrid, impiden entender, si se tiene en cuenta la esencia institucional, antes indicada, de los contratos de gestión de servicios públicos, que en el supuesto enjuiciado se esté ante un contrato próximo al contrato de obras, al que, en razón a esta naturaleza, le sean aplicables preceptos del DL 2/1964.

Aunque se considerara que el contrato litigioso debe ser calificado como lo hace la sentencia recurrida, esto es, como un contrato próximo al de obras, tampoco puede entenderse que sean aplicables a dicho contrato las disposiciones del DL 2/1964. Hay que tener presente que el art. 4 de dicho Decreto-Ley condiciona la aplicación de la cláusula de revisión de que se trate a unos determinados requisitos. El primero de estos requisitos es que no tiene lugar la revisión hasta que se haya certificado, al menos, un 20% del presupuesto total del contrato. Ejecutado este porcentaje de obra, la revisión es procedente cuando el coeficiente resultante de la aplicación de la fórmula polinómica sea superior a 1,025 o inferior a 0,975. Es, pues, preciso para que opere la revisión que esté realizado un determinado porcentaje de la obra proyectada. Ahora bien,

este requisito sólo puede ser aplicable cuando se esté ante un típico contrato de obras, esto es, ante un contrato en el que está definida de antemano, en el correspondiente proyecto, la obra que se va a realizar, sin que, por tanto, quepa su aplicación a contratos, como los de autos, que no reúnen la expresada característica. Si, como se acaba de indicar, no existen términos hábiles para aplicar en el caso que nos ocupa el requisito acabado de referir, tampoco puede operar el otro antes mencionado, esto es, el de que el coeficiente derivado de la fórmula polinómica sea superior o inferior a una determinada cifra, pues la aplicación de este segundo requisito tiene lugar una vez que se ha acreditado la concurrencia del primero. Por lo expuesto, no hay posibilidad de aplicar en el supuesto enjuiciado, como ya se ha adelantado, las disposiciones del DL 2/1964 que condicionan la revisión de precios prevista en el mismo».

*(Sentencia de 18 octubre de 1994, Ar. 7523, García-Ramos Iturralde).*

## **IX. EXPROPIACIÓN FORZOSA**

1. *Retasación. Término inicial para el cómputo del plazo retasacional. Inclusión en el concepto de justiprecio de los intereses expropiatorios.*

El artículo 35.3 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación sobre el justiprecio constituye el término inicial para la caducidad de la valoración establecida en el artículo 58, sin precisar si se trata del acuerdo inicial o el resolutorio del recurso de reposición. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo reiteradamente que el transcurso de los dos años determinados en el artículo 58, en relación con el artículo 35.3, de la antecitada Ley ha de ir referido, como fecha inicial de ese cómputo, a la de la fijación definitiva del justiprecio por el Jurado en vía administrativa, lo que se produce cuando el acuerdo del Jurado deviene firme, por no haberse recurrido en vía administrativa, o porque una vez recurrido se resuelve el recurso interpuesto de forma expresa dentro del plazo de un mes en el supuesto de la reposición prevista en el artículo 54 de la Ley Jurisdiccional (hoy derogado por la Ley 30/92) en relación con el también ya derogado artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 para los actos producidos al amparo de dicha legislación, actualmente en el plazo de 3 meses desde la interposición del recurso ordinario, a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992. Si

el recurso interpuesto no se resolviera expresamente dentro de los indicados plazos, según la legislación aplicable, de uno o tres meses, el *dies a quo* para el cómputo del plazo retasacional se entenderá referido al día siguiente a la finalización de esos plazos, en que el expropiado estaría ya facultado para acceder legítimamente a la vía jurisdiccional, independientemente de que con posterioridad exista o no resolución expresa.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, dicho artículo 58 precisa que la retasación procede si en el transcurso de esos dos años no se procede el «pago de la cantidad fijada como justiprecio» o a su consignación, entendiéndose, según el artículo 74.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, por justo precio el fijado administrativamente.

Tal justiprecio viene a representar en términos económicos el valor del bien o derecho expropiado y constituye la representación del equilibrio patrimonial que debe presidir la recta finalidad del instituto expropiatorio ante la desposesión coactiva al expropiado de un elemento de su patrimonio.

Tal como viene manteniendo esta Sala en sentencias de 26 de octubre de 1993 y 21 de marzo de 1994, al ser el justiprecio un valor de sustitución conmutativo del bien o derecho expropiado, no pueden estar comprendidos en el contenido material de aquél los intereses expropiatorios, al ser conceptos diferentes, de naturaleza distinta y que responden a diversos factores y así en las sentencias de esta Sala de 25 de enero y 25 de febrero de 1990 determinaron que la fijación de los intereses de demora, que se devengan según lo preceptuado en los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa, son un crédito accesorio del justiprecio y una obligación legal del artículo 1.108 del Código Civil.

En consecuencia, esta Sala, tras alguna vacilación anterior, viene declarando rotundamente en las referidas sentencias de 26 de octubre de 1993 y 21 de marzo de 1994, que se apartaba del criterio mantenido en la sentencia de la antigua Sala Quinta del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1984 que estimó procedente la retasación al haberse consignado dentro del plazo legal únicamente el justiprecio, sin los intereses de demora, mientras que siguiendo la doctrina de las antecitadas sentencias de esta Sala y la de 28 de marzo de 1989, hemos de reiterar aquí que el pago del justiprecio fijado en vía administrativa o su consignación, sin el abono o consignación de los intereses dentro del plazo de los dos años señalados en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, enerva los efectos de la retasación de los bienes y derechos expropiados, impidiendo la misma».

(Sentencia de 29 marzo 1994, R.A. 1900, Sanz Bayón).

2. *Acuerdo de necesidad de ocupación para proyecto de cementerio municipal incluido en el Plan Insular de Obras y Servicios aprobado como proyecto municipal de obras. El no haberse recurrido la previa declaración de utilidad pública no impide la impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación. Control jurisdiccional para que el acuerdo sea adecuado al fin de la expropiación.*

«Rechazado, pues, el vicio de incongruencia que se atribuye a la sentencia apelada, debemos, no obstante, examinar en esta segunda instancia el motivo del recurso de apelación fundado en las consecuencias que el Ayuntamiento apelante pretende obtener del procedimiento tramitado ante la Comunidad Autónoma para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de Gestión Urbanística.

A tal fin se sostiene por la representación procesal de aquél que, al haber devenido consentido y firme el acuerdo del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, una vez tramitado dicho procedimiento, por el que se considera de utilidad pública la construcción del Cementerio sobre el suelo rústico propiedad del apelado, debe desestimarse la pretensión de éste encaminada a obtener la anulación del acuerdo municipal de necesidad de ocupación.

Esta tesis no tiene fundamento alguno, en primer lugar, porque parte de un error, cual es equiparar el significado de la mencionada decisión de la Comunidad Autónoma con la exigencia impuesta por el artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa. La finalidad de la autorización prevista por los artículos 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística (que no hacen sino desarrollar lo dispuesto por los arts. 85 y 86 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976) es posibilitar o permitir el emplazamiento de edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social en el medio rural, y así se solicitó para construir un Cementerio a determinada distancia de zonas pobladas. Sin embargo, dicho acuerdo no suple la declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado (impuesta por el citado art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa) y menos la imprescindible declaración de necesidad de ocupación (prevista por el art. 15 de la indicada Ley de Expropiación Forzosa). Una y otra se entienden implícitas en los supuestos contemplados por los artículos 10, 17.2 y 52.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y 64.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, pero, como acertadamente apunta la representación procesal del apelado, la declaración de utilidad pública se produjo, en este caso, al incluirse el Proyecto de Cementerio Municipal en el Plan

Insular de Obras y Servicios de 1987 (folios 94 y siguientes del expediente) y aprobarse como Proyecto municipal de obras (art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa), mientras que la necesidad de ocupación fue acordada mediante la resolución municipal que se ha impugnado en este recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, el planteamiento del Ayuntamiento carece también de base porque el no haberse recurrido la previa declaración de utilidad pública no impide la impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación (art. 15 de la Ley de Expropiación Forzosa), sino que, al iniciarse el expediente expropiatorio con este acuerdo (art. 21.1 de la misma Ley), cabe dirigir la acción impugnatoria en vía jurisdiccional contra él, a pesar de lo establecido por los artículos 22.3 y 126.1 de la mentada Ley de Expropiación Forzosa, por haber estos preceptos devenido sin eficacia alguna en virtud de la Disposición Derogatoria General contenida en la Constitución, en relación con los artículos 24.1 y 106.1 de ésta, según ha declarado la Jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo. (Sentencias de 14 de junio de 1983 —Aranzadi 3176—, 4 de abril de 1984 —Aranzadi 2197—, 6 de junio de 1984 —Aranzadi 3555—, 28 de noviembre de 1984 —Aranzadi 5986—, 20 de julio de 1987 —Aranzadi 5441— y de esta misma Sección de 3 de julio de 1993 —recurso de apelación 1381/91—).

La representación procesal del Ayuntamiento apelante afirma que no es esta Jurisdicción la competente para señalar el lugar más idóneo para la instalación de un Cementerio municipal, lo cual es cierto, pero no lo es menos que la Jurisdicción contencioso-administrativa ha de velar para que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad y como una manifestación, entre otras, de esta función se encuentra el control que debe ejercer para que el acuerdo de necesidad de ocupación sea adecuado al fin de la expropiación, de manera que aunque, efectivamente, no son los Tribunales los llamados a elegir el terreno en el que ha de construirse el Cementerio, sin embargo deben declarar si, al escogerlo, la Administración ha incurrido en arbitrariedad o irracionalidad por no reunir aquél las condiciones que justifican la concreta expropiación que se enjuicia (sentencia citada de 3 de julio de 1993 —recurso de apelación 1381/91 fundamento jurídico séptimo—), y así lo considera la Sala de primera instancia por dos razones. La primera porque dentro del propio término municipal existe un terreno, adquirido por el Ayuntamiento anteriormente, con el fin de tener un solo Cementerio, y la segunda por el hecho de que la propia Corporación municipal, en sesión plenaria, una vez iniciado el pleito, decidió por mayoría el cambio de ubicación del Cementerio y solicitar a la Consejería de Sanidad la dispensa en la distancia para su construcción.

A los dos indicados argumentos, expuestos en la sentencia apelada, replica la representación procesal del Ayuntamiento apelante en su escrito de alegaciones, al expresar que la mayor parte de aquel terreno, adquirido para la instalación de un Cementerio, se ha destinado a fines deportivos y que, en la actualidad, resulta más conveniente al interés general que cada Parroquia del término municipal cuente con su propio Cementerio en lugar de existir uno sólo para todas, además de que la Consejería de Sanidad y Seguridad Social del Gobierno Balear no ha autorizado la instalación del Cementerio en el nuevo emplazamiento acordado por la Corporación, al estar situado a una distancia inferior a quinientos metros de una zona poblada, como establece el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio, según acredita mediante copia de la comunicación recibida, con fecha 13 de agosto de 1991, del Gobierno Balear.

En cuanto a la primera de las objeciones que se formulan a la sentencia, no se puede impedir al Ayuntamiento que cambie de política con el fin de dotar a las diferentes Parroquias del Municipio de su respectivo Cementerio, pero resulta razonable que el terreno a ocupar con la aludida finalidad cuente con los accesos imprescindibles para ello, lo que, como admitió el Ayuntamiento en su contestación a la demanda, no sucede en este caso, de manera que la proximidad del lugar elegido a la Parroquia en cuestión carece de sentido cuando aquél no es, al tiempo del acuerdo de necesidad de ocupación, accesible, y, en consecuencia, adolece dicho acuerdo de coherencia con el fin a que tiende la expropiación, cual es dotar de un Cementerio independiente a una de las Parroquias del Municipio, la que, al parecer, tiene un antiguo Cementerio de singular valor histórico-artístico, que no es aconsejable ampliar por el negativo impacto visual que con la ampliación se produciría, pero que no se solucionará con la instalación de otro Cementerio en un lugar al que no se puede acceder cuando éste se escoge, entre otros posibles, para el fin indicado.

La concurrencia de las circunstancias indicadas fueron, entre otras, las que determinaron a la Corporación Municipal, durante la tramitación del pleito en la primera instancia, a considerar más idónea la ubicación del nuevo Cementerio en otros terrenos adquiridos por el Ayuntamiento, pero que, al distar de un núcleo de población menos de quinientos metros, era preciso interesar autorización o dispensa del Gobierno de la Comunidad Autónoma, y cuya provisional negativa se esgrime ahora para justificar la necesidad de ocupación del terreno elegido en el acuerdo que se combate en este proceso.

No podemos, sin embargo, concluir de tal negativa a instalar el Cementerio sobre el terreno municipal, por razones de distancia inferior a quinientos metros de una zona poblada, que el suelo idóneo fuese el anterior, ya que subsiste la inexistencia de accesos a éste y, además, la decisión del Gobierno Balear, a través de la Consejería de Sanidad y Seguridad Social, deja a salvo que se acrediten «razones de índole geográfico, sanitario y medio ambientales, al efecto, de entidad bastante para ello», de manera que será el propio Ayuntamiento apelante el que habrá de justificar suficientemente estos motivos, a los que, de momento, la Comunidad Autónoma ha condicionado la aplicación de la excepción contemplada por el párrafo segundo del artículo 50 del mentado Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, y, en consecuencia, este hecho no desvirtúa la suficiencia de los argumentos que el Tribunal *a quo* ha tenido en cuenta para declarar no conforme a Derecho el acuerdo impugnado de necesidad de ocupación y, consiguientemente, anularlo».

(Sentencia de 7 de noviembre de 1994, Ar. 10467, Peces Morate).

## X. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. *Daños causados en sótanos-garajes de edificios por las inundaciones producidas por la rotura del colector municipal. La creación de un riesgo por la imperfecta instalación y defectuosa ubicación del colector comporta responsabilidad de la Administración que lo creó, debiendo además solventar la causa productora de estos hechos, trasladando el cauce público fuera de su ubicación actual.*

«En cuanto al primer pronunciamiento, debe señalarse que la tesis mantenida por la sentencia apelada es conforme con la doctrina de esta Sala sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro sistema —art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, art. 121 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, arts. 405 y 406 de la vieja Ley de Régimen Local, art. 54 de la Ley 7/85 de 2 de abril y, sobre todo, art. 106.2 de la Constitución— ya que supone, en terminología jurisprudencial, una actividad administrativa —por acción u omisión, bien sea material o jurídica—, un resultado dañoso no justificado y relación de causalidad entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama, siendo imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor cuando, como ocurre en el presente caso, se alegue como causa de exoneración.

El concepto jurídico de fuerza mayor —art. 1.105 del Código Civil— está reservado, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, a los acontecimientos ajenos a las previsiones típicas de cada actividad, o, como señala la sentencia de la antigua Sala 4ª del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988, «al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, pero no aquellos eventos internos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos», sin que unas fuertes lluvias en la Provincia de Asturias puedan considerarse tan imprevisibles que deban, sin más, encuadrarse en el supuesto exonerante de fuerza mayor, máxime si se tiene en cuenta que la excepcionalidad del supuesto, al no estar avalado por prueba alguna no deja de ser sino una mera alegación. En todo caso, la creación de un riesgo, por la tan imperfecta instalación como defectuosa ubicación del colector litigioso —según se desprende de los dos informes periciales obrantes en las actuaciones— generó un riesgo, que comporta responsabilidad de la Administración que lo creó, sin que el particular —en este caso la Comunidad de Propietarios— tenga el deber de soportarlo singularmente. En este sentido, interesa resaltar que tanto el dictamen pericial aportado en vía administrativa por la Comunidad reclamante como el emitido por el Arquitecto procesal, designado por insculación, no dejan lugar a dudas al respecto, señalándose, en este último, que «el trazado —de la canalización— no es el idóneo, ya que al discurrir bajo una edificación y ser una conducción de cauce público, cualquier efecto no controlable puede producir daños de este tipo», lo que, tratándose de un servicio municipal, determina la responsabilidad del Ayuntamiento por los daños y perjuicios causados por la inadecuada instalación y deficiencias del mismo. Procedente será, por consecuencia, la desestimación del recurso deducido por la Entidad Local.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local establece —en el art. 25, apartados h) y l)— como competencias de los Municipios, las de salubridad pública y servicio de alcantarillado, considerándose esta última en el artículo siguiente como competencia obligatoria. Por su parte, el artículo 18 g) reconoce el derecho de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio. En el presente caso, se pretende la adecuada instalación del referido servicio para poner término a la situación actual, causante de constantes molestias a las Comunidades recurrentes y, sobre todo, de los daños ahora reclamados, según se desprende de las actuaciones; situación, por otra parte, perfectamente conocida por el Ayuntamiento demandado, y a la que pretendió poner fin mediante la aprobación de un Proyecto de Urbanización, realizado



en el año 1973 por el Ingeniero D. Ignacio Araújo Cienfuegos-Jovellanos, que, sin embargo, no ha sido íntegramente ejecutado. Sorprende por ello, la resistencia del Ayuntamiento a asumir la petición deducida, cuando se trata de una competencia obligatoria, que debería ser el primer interesado en satisfacer».

(Sentencia de 3 de octubre de 1994, Ar. 7511, De Oro-Pulido y López).

2. *Derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración. Análisis de este concepto. No sólo comprende a los ciudadanos, sino también a las distintas Administraciones públicas cuando una de ellas sufre una lesión en sus bienes o derechos que es consecuencia de una relación directa de causa a efecto del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados por otra Administración.*

«El señor Abogado del Estado alega en su recurso de apelación, que comenzamos por examinar, la falta de legitimación de la Diputación Foral de Vizcaya para ejercitar acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración del Estado, porque los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa utilizan el término de «particulares» para designar a los titulares del derecho a indemnización por lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de lo cual deduce que la legislación no ha establecido entre las distintas Administraciones Públicas derecho a indemnizaciones recíprocas por el funcionamiento de sus respectivos servicios, alegación que en el suplico de su escrito configura como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. La falta de legitimación a que alude el señor Abogado del Estado consiste en negar a la Diputación Foral de Vizcaya la titularidad del derecho a ser indemnizada que ejercita, por lo cual no se trata de un problema de falta de legitimación procesal, sino que afecta al fondo de la cuestión planteada, lo que impide que pueda considerarse como motivo de inadmisibilidad del recurso. Pero también debemos rechazar esta argumentación como razón para desestimar la pretensión que hace valer la Diputación Foral de Vizcaya, verificando una interpretación integradora del término «particulares» que se contiene en los preceptos anteriormente citados y se reitera en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aunque sin aplicación este último por razón de su fecha a los hechos debatidos en este proceso). Entendemos, como ha quedado apuntado, que la referida expresión «particulares» debe ser objeto de una interpretación

integradora, de modo que no sólo comprenda a los ciudadanos, que en el Derecho administrativo reciben la denominación de «administrados», sino también a las distintas Administraciones Públicas, cuando una de ellas sufre una lesión en sus bienes o derechos que es consecuencia, en una relación directa de causa a efecto, del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados por otra Administración Pública. Las razones que fundamentan este criterio son las siguientes:

1º) Cuando el funcionamiento de los servicios de una Administración Pública produce una lesión antijurídica en el patrimonio de otra Administración Pública no existe en el ordenamiento una norma que establezca el medio por el que la persona de Derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante del daño su resarcimiento de forma coactiva, esto es, acudiendo a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que declaren la obligación de indemnizar, si la Administración responsable no acepta voluntariamente asumir dicha responsabilidad. Se produce en la materia un auténtico vacío del ordenamiento, o laguna de la ley, que no contempla este supuesto ni da la adecuada respuesta para su solución.

2º) Las lagunas de la ley han de ser colmadas por los Tribunales, que tiene el deber de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, correspondiendo a la jurisprudencia la función de complementar el ordenamiento jurídico, al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (art. 1, apartados 6 y 7, del Código Civil). Uno de los instrumentos que sirve de manera esencial para llenar las lagunas de la ley es la analogía, respecto de la cual el artículo 4.1 del antes citado texto legal previene que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

3º) Entre el supuesto en que un «particular» sufre una lesión en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, teniendo derecho a su indemnización, y el caso en que la lesión se produce en el patrimonio de una Administración Pública, encontramos la *eadem ratio decidendi* o identidad de razón que el artículo 4.1 del Código Civil exige para la procedente aplicación de la analogía. En el ámbito del Derecho se actúa en tanto se tiene la cualidad de persona, sea ésta física o jurídica, de Derecho público o de Derecho privado. La persona, como centro de imputación de derechos y deberes, es titular de un patrimonio, y, cuando dicho patrimonio experimenta una lesión antijurídica, debe ser resarcida por el

causante de la lesión. Desde una concepción política del Estado podrá mantenerse que en él se comprenden las diversas entidades públicas que forman parte de su organización y, en particular, las de carácter territorial (Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios). Pero en el campo del Derecho, y en la esfera del Derecho Administrativo particularmente, la Administración General del Estado es una persona de Derecho público con patrimonio propio y distinto, con derechos y deberes diferentes a los de las Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos. La razón por la que las normas obligan a indemnizar los daños y perjuicios causados en los bienes y derechos de un «particular» por el funcionamiento de los servicios públicos es evitar que éste haya de sufrir una lesión antijurídica en beneficio de la Administración pública causante de tal lesión. Pues bien, la misma razón debe impedir que tal resultado dañoso haya de ser soportado por una Administración Pública, que tiene su patrimonio propio, cuando el daño procede del funcionamiento de los servicios de otra Administración Pública, que es titular de un patrimonio distinto del de la Administración lesionada. El deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento de justicia: evitar que una persona (pública o privada) haya de soportar la lesión o daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de una determinada Administración Pública. En el presente supuesto la pretensión indemnizatoria se ejercita por la Diputación Foral de Vizcaya. En otros casos puede ser la Administración General del Estado la que experimente la lesión antijurídica en sus bienes o derechos como consecuencia de la actividad de otra Administración Pública, ya que la interpretación que mantenemos protege a todas las Administraciones Públicas. El criterio de integrar el ordenamiento en la forma que ha quedado expuesto tiene también una sólida fundamentación en los artículos 9.3 y 121 de la Constitución. El primero establece el principio de responsabilidad de los poderes públicos por su actividad, sin hacer distinciones que reduzcan el ámbito subjetivo de su eficacia, siempre que dicha responsabilidad resulte de una adecuada exégesis y aplicación de la normativa vigente. El artículo 121, al determinar el derecho a una indemnización a cargo del Estado por los daños causados por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, tampoco contiene limitación alguna que afecte a los sujetos lesionados que tienen la facultad de solicitar las debidas indemnizaciones, donde se encuentran comprendidas las Administraciones Públicas distintas a la del Estado y no solamente «los particulares», lo que avala la decisión que al respecto consideramos procedente. En consecuencia, nuestro criterio es que los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 y concordantes deben ser de aplicación, por analogía, no sólo a los «particulares», sino también a las Administraciones Públicas

lesionadas por el funcionamiento de los servicios de otra Administración Pública, realizando así una función integradora del ordenamiento, conforme con el principio de Derecho que exige impedir que una persona haya de sufrir en su patrimonio una lesión calificada de antijurídica, que no tenga el deber de soportar.

4º) La enmienda número 398, formulada y aceptada en la tramitación ante el Congreso de los Diputados de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, suprimió del artículo 137.1 de dicho texto (luego artículo 139.1), equivalente al artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957, la referencia a las Administraciones Públicas como sujeto pasivo de la responsabilidad administrativa, pero ello lo hizo entendiendo que el supuesto iba más allá de lo establecido en la Constitución, es decir, con la finalidad de respetar la dicción estricta de la Ley Fundamental; pero sin manifestar una voluntad contraria del legislador a la interpretación integradora del ordenamiento jurídico que defendemos, por lo que no estimamos que invalide los razonamientos expuestos anteriormente.

En consecuencia, procede desestimar este motivo de la apelación deducido por el Abogado del Estado, rechazándolo, en cuanto así lo articula, como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate, por disentir de los argumentos expresados en el fundamento jurídico tercero de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fecha 14 de octubre de 1994, en el recurso de apelación nº 7.318/90, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, y por la representación procesal de la Diputación Foral de Vizcaya contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya parte dispositiva se transcribe en el antecedente primero de aquélla:

Primero.— Se declara en el mencionado fundamento jurídico tercero de la sentencia, del que discrepamos, que una interpretación integradora del término «particulares», contenido en los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, recogido literalmente después por el vigente artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no sólo comprende a los ciudadanos, que, en el Derecho administrativo, reciben la denominación de «administrados», sino también a las distintas Administraciones Públicas,

cuando una de éstas sufre una lesión en sus bienes o derechos que sea consecuencia, en una relación directa de causa a efecto, del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados por otra Administración Pública, llegando a tal conclusión por considerar que existe al respecto un vacío en el ordenamiento, que ha de ser colmado por los Jueces y Tribunales con el empleo de la analogía, ya que se da identidad de razón para establecer el mismo régimen entre las diferentes Administraciones Públicas y los «particulares» cuando aquéllas experimentan un perjuicio a resultas de la actuación de cualquiera de ellas, cuya analogía se justifica con lo dispuesto en los artículos 121 de la Constitución y 292 a 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los que, al establecerse y regularse la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no se hace referencia alguna a los «particulares», además de encontrar su base en el principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado en el artículo 9.3 de la vigente Constitución.

Segundo.— En el indicado fundamento jurídico se rechaza, a nuestro entender con toda razón, la invocación que el Abogado del Estado hace de tal cuestión como causa de inadmisibilidad por entender éste que la Diputación Foral demandante carece de legitimación activa para reclamar, al sólo poder hacerlo, según los términos literales de los preceptos citados, los «particulares».

Estamos, pues, conforme con la sentencia cuando señala el evidente significado de oposición en cuanto al fondo que tiene el indicado motivo de impugnación de la sentencia apelada, aducido por el representante procesal de la Administración del Estado, recurrente en esta segunda instancia.

Tercero.— Nuestra discrepancia con la tesis de la sentencia se deriva de que consideramos que los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 139.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no establecen ni permiten inferir analógicamente (por no existir identidad de razón) responsabilidad patrimonial para las Administraciones Públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en favor de otras Administraciones Públicas, salvo cuando los bienes o derechos lesionados de éstas se encuentren sometidos al régimen ordinario de la propiedad civil, ya que sólo en este caso cabe la aplicación analógica de los preceptos en cuestión por concurrir la imprescindible identidad de razón, que exige el artículo 4.1 del Código civil para la eficacia de la analogía.

Cuarto.— La personalidad jurídica propia de las distintas Administraciones Públicas territoriales o institucionales (art. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) no es, a nuestro entender, razón suficiente para deducir su equiparación con «los particulares» cuando experimenten cualquier daño o perjuicio, porque la raíz del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, configurada legalmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, se encuentra, como se dice en la propia sentencia, en la necesidad de que un ciudadano o «administrado» no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa que tiene como finalidad el interés general, de manera que estamos ante lo que en la doctrina «iusprivatista» se denomina socialización del riesgo.

Pues bien, el hecho de que el interés general se satisfaga por varias Administraciones Públicas territoriales o institucionales, que, con personalidad jurídica independiente, tienen distribuidas las competencias para la prestación de los servicios públicos, no permite inferir identidad de razón para aplicarles por analogía lo dispuesto para los «particulares» (administrados), con el fin de hacer uso de la responsabilidad patrimonial de la Administración para exigir e imponer indemnizaciones entre las diferentes Administraciones Públicas. Al procurar todas la satisfacción del interés general de una colectividad constituida en Estado (arts. 103.1 y 137 de la Constitución), cada una de ellas ha de soportar los riesgos nacidos de la prestación de los servicios públicos por otras, porque sus relaciones se rigen por los principios de cooperación y solidaridad (arts. 2, 138, 142 y 158 de la Constitución, 4 y 9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 55 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local).

Quinto.— En nuestra opinión, se da, sin embargo, identidad de razón para aplicar analógicamente lo dispuesto por los preceptos antes citados sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando los bienes o derechos, lesionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos de cualquiera de ellas, se encuentran dentro del régimen ordinario de la propiedad y derecho civiles (arts. 340 y 344, párrafo segundo, del Código civil, 1 y 2 del Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, 1 y 2 del Reglamento de esta ley, aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, modificado por Reales Decretos 2127/1976 y 1269/1987, 79.2 y 80.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, 76 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de

Régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, 3 y 4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas locales y 6 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), ya que, en este caso, al no estar destinados los bienes o derechos al uso general o público ni afectados a algún servicio público, la Administración titular de los mismos, como sucede con los «particulares», no ha de soportar el daño o detrimento causado en ellos, sino que, conforme al indicado principio de la socialización del riesgo, éste ha de correr a cargo de la Administración Pública que, en la prestación de un servicio público para el interés general, hubiese producido la lesión.

Sexto.— Ningún obstáculo u objeción se derivan para este planteamiento del principio general recogido en el artículo 9.3 de la Constitución sobre la responsabilidad de los poderes públicos. Con nuestra tesis no se desvanece tal responsabilidad sino que se consolida, al ser solidaria entre las Administraciones Públicas.

Tampoco cabe deducir excepciones o singularidades de lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución, que, al establecer la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no hace referencia alguna a los sujetos que pueden reclamarla. La obligación declarada en ese precepto, y desarrollada por los artículos 292 a 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no quiebra el sistema de distribución de competencias entre el Estado y los demás entes territoriales o institucionales en la prestación de los servicios públicos, ya que el artículo 149.5 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al primero en materia de Administración de Justicia, lo que no implica que si del funcionamiento anormal de ésta se derivase un daño o perjuicio para cualquier otra Administración Pública deba siempre indemnizar el Estado, sino que tal obligación sólo nacerá cuando se hayan producido detrimentos o menoscabos para los bienes y derechos de éstas incluidos en el sistema jurídico civil, según antes hemos manifestado.

Séptimo.— Con nuestra interpretación se explica el hecho (relatado en el nº 4º del fundamento jurídico del que discrepamos) de que en el texto definitivo de la Ley 30/1992, de 26 de abril, se suprimiese la referencia a las Administraciones Públicas como posibles titulares de una indemnización por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Opinamos también que los argumentos empleados en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, para justificar la estimación del recurso de

apelación del Abogado del Estado y desestimar las pretensiones deducidas en su demanda por la Diputación Foral de Vizcaya, son coherentes con nuestra tesis, pues sólo cabe negar indemnización a ésta si se acepta la no exigibilidad de responsabilidad patrimonial entre Administraciones Públicas como consecuencia de la prestación de servicios públicos, ya que aquélla hubo de satisfacer los haberes a su Secretario General por el tiempo que estuvo separado del servicio por acuerdo de la Administración del Estado declarado posteriormente nulo por los Tribunales, de manera que no se puede negar que dicha separación se produjo por un funcionamiento anormal de la Administración del Estado, lo que provocó que la mencionada Diputación abonase unas remuneraciones por servicios no prestados. Si hubo de soportar el daño (como se reconoce en la sentencia) no es por otra razón que por la inexcusable cooperación y solidaridad entre las distintas Administraciones Públicas en la prestación de sus servicios, lo que excluye de tal sistema solidario de actuación cualquier posible exigencia de responsabilidad patrimonial entre ellas, salvo en los supuestos que hemos señalado, que no se dan en este caso.

En resumen, las razones por las que este Tribunal decide desestimar el recurso contencioso-administrativo de la Diputación Foral de Vizcaya, que compartimos plenamente, son congruentes con nuestro planteamiento inicial, pero nos parece, modestamente, que no lo son con el contrario, que debería llevar a la solución opuesta.

Nos adherimos a la decisión de la Sala en cuanto estima el recurso del Abogado del Estado y revoca la sentencia apelada, al mismo tiempo que desestima la apelación de la Diputación Foral de Vizcaya y las pretensiones de su demanda, pero por las razones que hemos dejado expuestas y no por las que fundamentan la sentencia».

*(Sentencia de 14 octubre de 1994, Ar. 8741, Goded Miranda. Voto particular Pérez Morate).*

## **XI. BIENES PUBLICOS**

1. *Bienes comunales. Expropiación sin previa desafectación. La utilidad pública que constituye el fin y fundamento de la expropiación forzosa se sobrepone a la utilidad o interés público que para el Ayuntamiento y el común de los vecinos tienen los bienes expropiados. En los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario expediente de desafectación porque la desafectación está implícita en la expropiación y en la consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó.*



«El problema central del litigio consiste, pues, en determinar si la expropiación de 839'1 hectáreas de terrenos que constituían bienes comunales del Ayuntamiento de Barbate, gestionados por la denominada «Junta de Hazas», iniciada por acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1981, es o no nula de pleno Derecho, según el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y concordantes, por no haberse tramitado y resuelto expediente de desafectación de los bienes comunales expropiados, como exigía el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 (texto vigente por razón de la fecha de los hechos cuestionados), y reitera el artículo 81.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985, añadiendo que, equiparando el artículo 132.1 de la Constitución el régimen jurídico de los bienes comunales al de los de dominio público, y siendo desde luego inalienables sin previo expediente de desafectación, la expropiación llevada a cabo vulneró el citado artículo 132.1, dando lugar a su nulidad radical. Entendemos que no procede aceptar dichos razonamientos, ya que, en primer lugar, la utilidad pública que constituye el fin y fundamento de la expropiación forzosa se sobrepone a la utilidad o interés público que para el Ayuntamiento de Barbate y el Común de sus Vecinos tienen los bienes comunales expropiados que formaban parte de las denominadas «Hazas de Suerte». En los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario un expediente de desafectación de tales bienes, porque la desafectación está implícita en la expropiación y en la consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó. En el presente supuesto concurre además la específica circunstancia de que el Ayuntamiento de Barbate, cuando se verificó la expropiación, tomó en cuenta la posibilidad de que fuera necesario instruir y resolver un expediente de alteración jurídica de los bienes afectados por la expropiación forzosa derivada del acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1981, consultando a este efecto a la Dirección General de Administración Local del entonces Ministerio de Administración Territorial. Dicho Centro Directivo respondió en 13 de abril de 1982, como consta en las actuaciones, que, en razón de la especialidad de la materia, no era necesario tramitar el referido expediente, habida cuenta que la calificación jurídica (de los bienes comunales) viene alterada por su destino futuro y resulta «implícita» en actos administrativos dictados en vía expropiatoria, con iguales o mayores solemnidades que las previstas en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955. En efecto, el apartado 3 del mencionado artículo 8 exceptúa del expediente de desafectación los casos en que la alteración derivare expresa o «implícitamente» de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas para el procedimiento

de desafectación; como ocurre con el desenvolvimiento de la expropiación forzosa objeto del litigio, en que la declaración de utilidad pública y necesidad de la ocupación de los bienes demuestra la procedencia del cambio de afectación, existiendo asimismo trámite de información pública (al que hace referencia la Orden de 19 de agosto de 1981, que hizo público el acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio del mismo año). Equivalente excepción al expediente de desafectación se contiene en el artículo 81.2 apartado a) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985, cuando establece que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales se produce automáticamente por la aprobación definitiva de los proyectos de obras y servicios. De tales razones ha de concluirse que la expropiación forzosa de los bienes comunales que formaban parte de las «Hazas de Suerte» no exigía expediente de desafectación, pues tal desafectación estaba implícita en la expropiación de los bienes para fines de utilidad pública, así lo reconocía el artículo 8.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955, entonces vigente, y así lo entendió el Ayuntamiento de Barbate en virtud de la consulta formulada con este fin específico a la Dirección General de Administración Local y de la respuesta fechada el 13 de abril de 1982. A cuanto queda expuesto ha de unirse que, según se expresa en el escrito de demanda, el Ayuntamiento de Barbate, en sesiones plenarias de 4 de junio de 1982 y 10 de febrero de 1984, acordó aceptar la expropiación y la consiguiente valoración de los bienes sujetos a la misma, cuyo importe le fue satisfecho, aceptación que también prestó la «Junta de Hazas» en sesiones de 2 de junio de 1982 y 17 de febrero de 1984, por lo que impugnar ahora la validez de unas actuaciones a las que las entidades afectadas prestaron legalmente su consentimiento, implica realizar una conducta contraria a sus propios actos, fundándose en pretendidos vicios de forma que no se tuvieron en cuenta en su momento y que, además, como hemos razonado, no se produjeron en el sentido en que las entidades demandantes manifiestan.

Debemos desestimar las restantes alegaciones en que las partes recurrentes fundan su pretensión. No se ha producido infracción del artículo 132.1 de la Constitución, ya que los bienes comunales tienen el carácter de inalienables salvo desafectación, lo que no excluye que estén sujetos a expropiación forzosa por causa de utilidad pública, más aún constituyendo la referida expropiación uno de los supuestos exceptuados de la necesidad de expediente de desafectación, según lo prevenido en el artículo 8.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955, entonces vigente. El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa no permite deducir que los bienes comunales no son susceptibles de expropiación, ya que se refiere no sólo a la privación singular de la propiedad

privada, sino también de los derechos e intereses patrimoniales legítimos, aludiendo el artículo 89, apartado B) del citado texto legal, como perjuicios indemnizables que puede motivar la expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones, al «derecho de disfrute de terrenos comunales por razón de vecindad», con lo que claramente se manifiesta la posibilidad de expropiación de dichos terrenos (cfr. sentencia de esta Sala y Sección de 24 de enero de 1991). Al constituir la expropiación examinada una excepción a la necesidad de expediente de desafectación no resulta de aplicación el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Tampoco son de aplicación al caso los preceptos que los demandantes mencionan de la Ley del Patrimonio del Estado o de la legislación urbanística (Textos Refundidos de 1976 y de 1992), porque existen normas que regulan directamente los bienes comunales, su desafectación y las excepciones a la misma, en la legislación de régimen local, lo que veda la analogía (art. 4.1 del Código Civil). Menos aún puede existir tal analogía en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo ámbito normativo consiste en regular la nulidad de actos judiciales. Finalmente, el artículo 6.3 del Código Civil no comprende en su eficacia a los actos administrativos, cuya invalidez se rige por sus propios preceptos (cfr. sentencias de 23 de octubre de 1964 y 22 de abril de 1967)».

*(Sentencia de 3 octubre de 1994, Ar. 7391, Goded Miranda).*

## **XII. SERVICIOS PÚBLICOS**

### *1. Abastecimiento de aguas. Imposibilidad de negar el servicio por posibles irregularidades urbanísticas.*

«Y no es que este Tribunal disienta del criterio de la Sala de instancia, pues la desigualdad alcanzaba en el actual supuesto unas connotaciones singulares, pero la igualdad en la irregularidad es siempre cuestionable, y conviene por ello fundar el mismo pronunciamiento en preceptos de invocación más inmediata. Ocurre así que el suministro de agua potable es un servicio municipal obligatorio, conforme al artículo 26.1.a) de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de suerte que los Ayuntamientos no pueden negarlo en función sólo de posibles irregularidades urbanísticas de las edificaciones, más bien como instrumento coercitivo, en vez de aplicar a las que se hallaren en tal situación —a todas ellas— las medidas previstas al respecto por la normativa sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

En las zonas urbanizables a que se refería el artículo 71 del texto de la Ley del Suelo de 1976 no son autorizables, máxime después de aprobado el Plan Parcial, las construcciones e instalaciones prohibidas en el suelo urbanizable programado por el artículo 84.1 del mismo texto y el 42.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, como se decía en los acuerdos impugnados y se repite en los escritos de contestación y de alegaciones en esta apelación. Ahora bien, en el actual supuesto no se trata de levantar construcción alguna, sino simplemente de dotar de un servicio municipal obligatorio a unas edificaciones ya existentes. De otra suerte, además, quizás quedarán en este caso privadas del suministro de agua potable de forma indefinida, de ser cierto el informe del Jefe del Servicio de Urbanismo antes mencionado, que se refiere a la «imposibilidad» del Ayuntamiento de Yunquera de Henares de ejecutar el Plan Parcial «El Chorrón». Por otra parte, la concesión del servicio no convalidaría las posibles infracciones urbanísticas».

*(Sentencia de 14 de febrero de 1994, Ar. 1445, Nabal Recio).*

2. *Suspensión de suministro de energía eléctrica a abonado. Es exigible de la empresa la realización en forma del acto de notificación, de manera similar a como la Administración pública notifica sus resoluciones, mediante el sistema de envío del aviso-notificación por correo certificado con acuse de recibo.*

«La sentencia apelada, declaró que las resoluciones administrativas impugnadas son conformes a Derecho. De esta manera la Autoridad Judicial ratificó que la Compañía «Unión Eléctrica de Canarias, S.A.», no cumplió con lo preceptuado en el artículo 84 del Reglamento de Verificaciones y Regularidad en el suministro de energía, ni observó la condición general 29 de la Póliza de abono. La sentencia apelada razonó que la suspensión del suministro de energía eléctrica es un medio coactivo que, en los casos como el que nos ocupa, tiene como finalidad procurar que el abonado cumpla con las obligaciones derivadas en la Póliza de abono. En efecto, el artículo 84 del Reglamento citado, obliga a la empresa concesionaria del servicio a advertir (la parte apelante habla de potestad) a los abonados de que en caso de no satisfacer puntualmente el importe de los servicios, la Administración puede autorizar expresa o tácitamente que el suministro de energía eléctrica sea suspendido. Dicho Reglamento no olvida el derecho de defensa que corresponde al abonado, por lo que en los casos de que los abonados reciban la correspondiente notificación aviso de suspensión del suministro de energía eléctrica, pueden reclamar a la empresa o a la Administración (art. 84.a)

del citado Reglamento), en cuyo caso la empresa no le podrá privar del fluido en tanto no recaiga resolución sobre la reclamación formulada.

Para que el consumidor o abonado pueda, en su caso, formular reclamación o recurso impeditivo de la suspensión del suministro de energía eléctrica, es absolutamente necesario que el usuario tenga conocimiento preciso de los hechos que puedan determinar dicha suspensión de fluido eléctrico. El conocimiento preciso de los hechos por parte del consumidor o usuario, sólo se tiene cuando la decisión correspondiente de la empresa (la «potestad unilateral» de la empresa, como la llama el apelante), se notifica en forma. La notificación en forma de dicha decisión, permite, como hemos dicho, que el abonado pueda ejercitar su defensa. Mas la normativa vigente, no sólo exige la notificación de los hechos unido al aviso de suspensión del suministro, sino que obliga a la empresa suministradora del fluido a dar cuenta de los hechos al organismo competente de la Administración Pública. La comunicación de los hechos a la Administración es una exigencia, porque la suspensión del suministro, en sus respectivos casos, sólo puede verificarse con autorización administrativa (art. 84 de dicho Reglamento). Pues bien, en el expediente no consta que la empresa «Unión Eléctrica de Canarias, S.A.», comunicara a la Administración los hechos que pudieran determinar la suspensión del suministro.

El Tribunal de la primera instancia, centró la cuestión debatida así: ¿Qué requisitos formales son exigibles para poder llegar a suspender el suministro del fluido eléctrico? A tal interrogante respondió, razonadamente, que la empresa suministradora, antes de proceder al corte o suspensión del suministro, debe contar con la prueba de la recepción por el abonado de la correspondiente notificación de los hechos y aviso de suspensión del suministro del fluido eléctrico. La sentencia apelada razona que, ante este punto, es exigible de la empresa la realización en forma del acto de notificación, de manera similar a como la Administración notifica sus resoluciones. Ello —que en la sentencia es un argumento, un razonar— está perfectamente al alcance de las empresas suministradoras de energía eléctrica, mediante el sistema de envío del aviso-notificación, por correo certificado con acuse de recibo, que permite tener constancia cierta de su recepción.

La parte apelante, tras afirmar que la cuestión resuelta por la sentencia apelada es un enclave jurídico-público sometido al Derecho Administrativo, pero sólo en cuanto que la decisión privada está sometida a autorización del órgano administrativo competente, exterioriza su criterio en el sentido de que el régimen de la necesaria notificación ha de

ser determinado en base a los principios del Derecho privado. En defensa de tal criterio invoca el artículo 1.262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio; pues bien, el análisis del argumento utilizado aquí por la parte apelante, lleva a la Sala a rechazar su tesis por las siguientes razones:

1ª. Porque el artículo 1.262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio, se refieren a la perfección del contrato que pueda celebrarse por correspondencia. En tal caso, uno y otro precepto legal exigen el concurso de la oferta y de la aceptación: ello no ocurre en el presente caso, ni la tesis alegada y defendida puede ser aceptada para resolver esta apelación.

2ª. Porque en la primera instancia, la cuestión debatida no fue la actividad privada de la empresa «Unión Eléctrica de Canarias, S.A.», sino la de si los actos impugnados de la Administración eran o no conforme a Derecho. La sentencia apelada respondió —y ello lo ratificamos en esta sentencia— que aquellos actos son conforme a Derecho porque al abonado denunciante le fue suspendido el suministro de energía eléctrica en contra de lo dispuesto en el artículo 84 del Reglamento de Verificaciones eléctricas y regularidad en el suministro de energía y en la condición 29 de la Póliza de Abono. Tales incumplimientos fueron analizados por el Tribunal de la primera instancia en términos correctos, que deben ser confirmados.

3ª. Porque, es esencia de todo «acto notificador» (aunque como en el caso que nos ocupa, derive de la empresa concesionaria), que quede constancia del mismo».

*(Sentencia de 10 de marzo de 1994, Ar. 2425, Escusol Barra).*

3. *Improcedencia de gravamen por la ocupación de bienes de dominio público afectos al servicio público de enseñanza en tanto no se produzca una desafectación. Cese de la obligación municipal de cesión gratuita del uso de las casas-habitación a los Maestros.*

«La presunta infracción del artículo 52 Ley de Enseñanza Primaria aducida en base a que en la sentencia recurrida se sostiene que a pesar de las alegaciones de los recurrentes, profesores de EGB, no se conoce el origen de las construcciones de las escuelas y casas habitación adjuntas de Lopera destinadas a dichos profesores, ni si fue el Estado o alguno de sus organismos dedicados a esta finalidad quien los construyó,

y si la colaboración municipal consistió o no en la aportación del solar, ya que del inventario de bienes y derechos no se infieren tales circunstancias, no resulta trascendente a efectos de estimar que la sentencia impugnada en casación haya vulnerado dicho precepto y ser lo dispuesto en el mismo causa habilitante para que por el Ayuntamiento recurrente se impusiera un canon para atender el sostenimiento y conservación de unas viviendas, que en el inventario de bienes del Ayuntamiento constan como de dominio público afectos al servicio público de la enseñanza; toda vez que la naturaleza demanial de unos bienes no se halla determinada por la aportación del Estado, municipio u otra entidad de la Administración dependiente de una u otra Administración, ya que su naturaleza y normativa aplicable para su uso y aprovechamiento y destino depende de la finalidad para la que fueron construidos y legislación aplicable no habiéndose controvertido y sí admitida la naturaleza demanial de las viviendas por el Ayuntamiento que fundamentó la imposición del canon en base a ser de dominio público y destinadas a un servicio público y que entiende que los gastos a que se ha hecho referencia deben correr a cargo de sus ocupantes que lo son en función de ser los que imparten la enseñanza.

La infracción de las disp. adics. 4ª y 5ª Regl. de Haciendas Locales de 18 diciembre 1953, por las que se eximía a los Ayuntamientos de la obligación de proporcionar vivienda gratuita a los maestros nacionales, no guarda relación con la fundamentación de la sentencia recurrida que anuló la imposición de un canon por la ocupación de las viviendas a cada uno de los profesores, pues la sentencia no contradice lo expuesto por la corporación recurrente respecto a haber cesado dicha obligación; sin perjuicio de que en el fundamento de Derecho segundo se afirme seguir la de proporcionarles casa-habitación, aunque no de forma gratuita; obligación que se mantiene después de la LODE, al no derogar la disp. trans. 9 a LGE ni la disp. final 4 a en las que se dispone respectivamente la subsistencia de los derechos a casa-habitación o indemnizaciones sustitutorias a los maestros, y la vigencia con carácter reglamentario de las disposiciones anteriores a la de esta Ley en tanto no sean derogadas, entre ellas la Ley de Enseñanza Primaria de 2 febrero 1967; doctrina acorde con las sentencias que se citan en ese fundamento de Derecho y la de 12 julio 1985; estando motivada la anulación del canon por la sentencia recurrida en la improcedencia del gravamen a unos profesores de EGB por la ocupación de unos bienes de dominio público afectos a un servicio de esta naturaleza que no puede generar esa obligación para el sostenimiento y conservación de las viviendas; que por su destino en tanto no se desafecten, corresponde a la Administración competente del servicio, y por ello es indiferente a estos efectos el que

haya cesado la de conceder una casa habitación de forma gratuita o compensación económica equivalente; pues lo que se estimó como infracción del ordenamiento jurídico como se verá al examinar el tercer motivo de la casación fue la percepción de un canon mensual con la finalidad indicada por la posesión de unos bienes de dominio público afectos al servicio público de enseñanza.

La infracción del artículo 80.7 RBEL y artículos 41 y 45 L 28 diciembre 1988 de Haciendas Locales al afirmar la sentencia en su fundamento de Derecho tercero, cuarto y quinto, la improcedencia por la naturaleza de dominio público afecto a un servicio público de las viviendas de que se legitima la imposición de un canon a sus ocupantes debe rechazarse, ya que el canon que se hubiere de satisfacer a la entidad local, que tendrá el carácter de tasa, y comportará el deber del concesionario o autorizado de abonar el importe de los daños y perjuicios que se causaren a los mismos bienes o al uso general o servicio a que estuvieren destinados según el artículo 80.7 RBEL se refiere al que se devengue por las concesiones o autorizaciones de los bienes demaniales, pero no a aquellos aprovechamientos que traen causa de la prestación de un servicio público del que es titular la Administración, y que no da lugar a una utilización privativa o a un aprovechamiento especial del dominio público, sino su adscripción al servicio directamente gestionado por la Administración y por ello sin posibilidad de obtener una contraprestación de los funcionarios por su uso inherente al servicio público, a través de un canon o precio público, artículos 41 y 45 Ley de Haciendas Locales de 28 diciembre 1988; no dándose, pues, el aprovechamiento especial o privativo del dominio público capaz de generar un canon a favor del Ayuntamiento; que, por otra parte, no fundamentó su exacción en los supuestos contemplados en los mentados artículos 80.7 RBEL ni en el 41 y 45 Ley de Haciendas Locales, sino en la aportación, obligada a su juicio, que los ocupantes de las viviendas de los maestros de la localidad debían prestar para el sostenimiento y conservación de los mismos; no habiendo además fijado el canon de forma adecuada a lo dispuesto en el meritado artículo 45 de dicha Ley; habiendo este Tribunal al resolver sendos recursos de apelación contra sentencias dictadas por los TT.SS.JJ. Salas de lo Contencioso-Administrativo de Cantabria y Andalucía, con sede en Granada, de 22 septiembre 1992 y 26 enero 1993, recursos de apelación 32926/1990 y 4675/1990, mantenido la doctrina relativa a la improcedencia de que se exija en tanto no se produzca su desafección un canon a los maestros ocupantes de viviendas de dominio público afectas al servicio de la enseñanza, por los gastos de sostenimiento y conservación de las mismas que corresponde a la Administración titular del servicio público de enseñanza, sin perjuicio



además de la cooperación que presta el Estado con la consignación en sus presupuestos a estos fines; correspondiendo al municipio —art. 25.2 n) Ley de bases del régimen local— participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria; de lo que se deduce que siendo los bienes destinados al servicio público, artículo 4 RBEL, los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades locales entre ellas las escuelas, y en general cualesquiera otros bienes destinados a la prestación de servicios públicos administrativos, como por ejemplo las viviendas afectadas a las escuelas, no puede entenderse que la obligación de sostener y conservar estos bienes se imponga a sus usuarios que prestan el servicio y que ocupan las viviendas en función del servicio de enseñanza.

La cita de una sentencia de esta Sala, sea cual sea lo que en la misma se mantenga como doctrina, sin razonar su aplicación al supuesto contemplado en el recurso, no puede motivar el de casación ya que en el artículo 99 L 30 abril 1992 se dispone que el recurrente formulará su escrito de interposición expresando el motivo o motivos razonadamente en que se ampare citando las normas o jurisprudencia que se considere infringidas, no siendo procedente exponer una doctrina en base a una cita de unas sentencias, sin razonar su aplicación concreta al supuesto de la sentencia recurrida y su fundamentación; no obstante puede afirmarse que la doctrina invocada acerca del cese de la obligación municipal de ceder gratuitamente el uso de las casas habitación a los maestros, no comporta el que pueda imponerse un canon por este uso, como se tiene dicho en los apartados anteriores, en tanto no se produzca una desafectación y su conversión en bienes patrimoniales, a los que sí es de aplicación lo dispuesto en el art. 92 a) y 2 RBEL, en orden a la percepción de un canon en la forma determinada en este precepto».

*(Sentencia de 25 marzo de 1994, Ar. 2500, García Estartús).*

*Vid. También la sentencia de 21 de abril de 1994, Ar. 3381.*

4. *Solicitud de vecino de que se desvíen al colector de aguas residuales las aguas insalubres procedentes de un lavadero municipal. El Ayuntamiento está obligado a adoptar medidas correctoras para remediar el carácter insalubre de las aguas y los efectos de dicha insalubridad, pero no tiene por qué hacerlo precisamente desviando las aguas al colector*

*de aguas residuales ya que pueden existir otros medios que cumplan la finalidad aludida.*

«La única cuestión a resolver en Derecho en el presente recurso se contrae a decidir si ante la solicitud de un vecino de que se desvíen al colector de aguas residuales las aguas insalubres procedentes de un lavadero público el Ayuntamiento tiene alguna obligación en Derecho de acuerdo con el ordenamiento jurídico o se trata de una petición meramente graciable.

Pues la sentencia apelada entiende que el vecino no tiene derecho alguno, correspondiendo la iniciativa y la decisión a los miembros elegidos de la Corporación Municipal, por lo que pese a reconocer que la sanidad y el decoro parecen exigir que se atienda la solicitud, considera que ésta debe encuadrarse en el ejercicio del derecho de petición. Esto lleva al Tribunal de instancia a declarar la inadmisibilidad del recurso invocando el artículo 82,c) de la Ley Jurisdiccional por entender que se trata de un acto no impugnabile.

Ahora bien, respecto a la controversia planteada debe destacarse que, si bien no llegó a practicarse ante el Tribunal de instancia la prueba solicitada, se desprende de los documentos incorporados a los autos que con frecuencia las aguas son insalubres después de utilizadas en el lavadero municipal. Por otra parte, tras el uso indicado, dichas aguas transcurren por la proximidad de la vivienda del apelante, cuyo interés legítimo y directo está fuera de duda. Sólo posteriormente son utilizadas para riego, uso o hábito que se practica desde hace muchos años según se afirma por el Ayuntamiento en los documentos del expediente administrativo.

A la vista de todo ello la Sala no puede compartir el criterio del Tribunal de instancia de que nos encontramos ante un acto no impugnabile, por lo que es obligado no aceptar la declaración de inadmisibilidad del recurso.

Ello se encuentra íntimamente ligado sin embargo a la cuestión de fondo a resolver, que ha de partir del estudio de las obligaciones del Ayuntamiento en la materia. A este efecto hay que considerar la invocación que hace el actor en apelación del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto de 30 de diciembre de 1961. Esta invocación se formula combatiendo la sentencia apelada, la cual había afirmado como una de las razones para entender la solicitud como una petición meramente graciable que no se

había fundado la misma en ningún precepto concreto a la vista del cual pudiera estimarse que existía algún derecho del actor.

La mencionada invocación del Reglamento que acaba de citarse da lugar a que sea necesario el estudio del tema de si los Ayuntamientos están obligados a cumplir aquel Reglamento en cuanto a las actividades que realice el propio ente local o a las realizadas en lugares o instalaciones de uso público, como es el lavadero municipal. Ante esta cuestión la Sala ha de dar una respuesta afirmativa respecto al cumplimiento de los fines perseguidos por el Reglamento y la preservación de los bienes e intereses públicos que persigue, aunque ello no significa que el Ayuntamiento deba atenerse al procedimiento reglado con intervención de la autoridad estatal o autonómica competente.

Pues desde luego, dejando aparte que en general los entes locales están obligados a velar por la salubridad pública de acuerdo con la legislación de régimen local, no puede entenderse que las potestades que otorga el Reglamento se refieren sólo a las actividades de los particulares. Por el contrario, estas potestades se otorgan para velar por el interés público en la materia, que el Ayuntamiento es el primer obligado a respetar.

De ahí se deduce que ante la situación planteada, en principio el Ayuntamiento está obligado a adoptar medidas correctoras para remediar el carácter insalubre de las aguas y los efectos de dicha insalubridad.

Sin embargo, de ello no se desprende que pueda acogerse por la Sala la petición del actor en el presente recurso de apelación. Pues el Tribunal está obligado a cumplir lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Jurisdiccional, a tenor del cual el fallo ha de pronunciarse atendiendo las alegaciones y pretensiones de las partes. En el presente recurso el actor no solicita sólo que se proteja la salubridad pública en cuanto le afecta a él directamente la insalubridad de las aguas, sino que en su petición se refiere precisamente a que éstas se deriven al colector de aguas residuales. Lo cierto es que ésta es una cuestión a resolver por el Ayuntamiento como opción política local a adoptar según los medios y las iniciativas de la Corporación Municipal. Dicha Corporación está obligada desde luego a proteger la salubridad, pero no tiene por qué hacerlo precisamente desviando las aguas al colector de aguas residuales, ya que pueden existir otros medios que cumplan la finalidad aludida.

Por ello, desde luego, la solicitud no era meramente graciable, ya que el Ayuntamiento tiene una obligación en Derecho, lo que apoya la

consideración del Fundamento Jurídico anterior en el sentido de que el acto era impugnable. No obstante, sin perjuicio de que el actor en este proceso pueda instar la adopción de medidas correctoras sin que se trate precisamente de las que él indique, lo cierto es que no resulta posible acoger su pretensión en los términos en que la formula en el proceso».

*(Sentencia de 16 de noviembre de 1994, Ar. 9182, Baena del Alcázar).*

### **XIII. URBANISMO**

1. *Elaboración del planeamiento municipal. Aprobación definitiva. Examen del plan en todos sus aspectos, reglados y discrecionales. Extensión del control de la Comunidad Autónoma. La desviación de poder y los principios generales del Derecho integran controles de legalidad.*

«Ciertamente los artículos 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, vigente a la sazón, y 132 del Reglamento de Planeamiento configuran la aprobación definitiva que corresponde a la Comunidad Autónoma como el resultado del estudio del plan municipal «en todos sus aspectos», tanto los reglados como los discrecionales o de oportunidad, pero es claro que este criterio preconstitucional ha de ser entendido a la luz de las exigencias de la autonomía municipal —sentencias de 14 de marzo y 18 de julio de 1988— proclamada en los artículos 137 y 140 de la Constitución, tal como deriva del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico —art. 5.º.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, principio este que opera con una especial intensidad respecto de las normas anteriores a la Constitución —sentencias de 24 de diciembre de 1990, 12 de febrero de 1991, etc.—.

Ya en este punto será de recordar que la Constitución atribuye a los Municipios autonomía «para la gestión de sus respectivos intereses». Esta es su finalidad u objeto y por tanto la base para una definición positiva y también para una definición negativa de la autonomía: a) positivamente, la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales materias o asuntos —sentencia del Tribunal Constitucional 32-1981, de 28 de julio—; b) negativamente, es de indicar que la autonomía no se garantiza por la Constitución, como es obvio, para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la

nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad local —sentencia del Tribunal Constitucional 4-1981, de 2 de febrero—.

Y así las cosas, resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas —sentencias de 20 de marzo, 9, 13 y 31 de julio, 2 de octubre, 22 y 24 de diciembre de 1990, 30 de enero y 25 de abril de 1991, 13 de febrero y 23 de junio de 1992, 21 de septiembre y 15 de noviembre de 1993, etc.—. Su actuación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del Municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración Autonómica.

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

Todavía en la línea que acaba de señalarse, importa recordar la normativa contenida en la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada el 20 de enero de 1982 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1989. De su artículo 8.2 deriva:

A) La licitud de un control sobre la actuación de los entes locales que tienda a «asegurar el respeto a la legalidad y a los principios constitucionales».

B) Cabe también un control de oportunidad «respecto de las competencias cuya ejecución se haya delegado en las Entidades Locales», ámbito este de la delegación que ha de extenderse a los supuestos de competencias compartidas dado que en ellas junto a los intereses locales y en clara conexión con éstos pueden aparecer intereses supralocales.

Y destacando la alusión que acaba de hacerse a la conexión de los intereses locales y supralocales, es de señalar que una acomodación del art. 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad

Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos:

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

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

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

B) Aspectos discrecionales. También aquí es necesaria aquella sub-distinción:

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

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

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

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

Así lo viene declarando esta Sala reiteradamente —sentencias de 13 de julio de 1990, 30 de enero y 25 de abril de 1991, 18 de mayo de 1992, etc.—.

Para la aplicación de esta doctrina al caso litigioso ha de indicarse que la debatida anchura de la Calle Larga integra un tema discrecional por lo que el contenido viable del control autonómico dependerá de que resulten o no afectados intereses supralocales.

La Generalitat afirma —alegación quinta de esta apelación— que la anchura de la Calle señalada afecta al «enlace entre los Municipios de Vall de Uxó y Alfondeguilla», pero este extremo aparece desvirtuado por el informe de la División de Carreteras de la propia Consellería de Obras Públicas en el que se admite que la modificación litigiosa «no tendrá ninguna repercusión sobre las comunicaciones entre Vall de Uxó y Alfondeguilla», salvo que se modifique una intersección que ahora no importa.

Así las cosas, no apareciendo implicado ningún interés supralocal en el tema litigioso es claro que sólo resultaba viable un control autonómico de legalidad.

El acuerdo impugnado deniega la aprobación definitiva de la Modificación «por no estimarse conveniente ni oportuna la reducción del viario con el único objeto de legalizar infracciones urbanísticas» añadiéndose, ya al desestimar la alzada, que el estrechamiento de la calle litigiosa «constituye un grave deterioro de la red viaria prevista» —consideración técnico-jurídica primera—.

Ciertamente las expresiones iniciales del acto originario —«conveniente», «oportuna»— parecen aludir a un control de oportunidad aquí inviable como se ha dicho, pero su referencia a la finalidad u objetivo de la Modificación —legalización de infracciones urbanísticas— apunta directamente a la doctrina de la desviación de poder y aún puede añadirse que el nuevo elemento incorporado en la resolución del recurso de alzada respecto del deterioro de la red viaria sugiere un control por los principios generales del Derecho, más concretamente un control a la luz de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9,3 de la Constitución—.

Y ambos, tanto el de la desviación de poder como el de los principios generales, integran controles de legalidad:

A) Recuérdense ante todo que el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución esta

que se realiza siempre en atención al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento. La idea del fin resulta así elemento absolutamente esencial de las potestades administrativas y por ello nada ha de extrañar que normas del más diferente rango vengan refiriéndose al mismo: artículos 106.1 de la Constitución, 83.3 de la Ley Jurisdiccional, 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 6.º.1 del Reglamento de Servicios, 84.2 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, y hoy art. 53.2 de la Ley 30-1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y no resultará ocioso destacar la muy cuidada expresión de los textos legales que acaban de citarse. Piénsese en el sentido de los verbos «justificar» —es el que aparece en la Constitución, en el Reglamento de Servicios y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local— y «fijar» —es el que utiliza la Ley jurisdiccional—. Sólo el fin perseguido «justifica» una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el «fijado» por el ordenamiento jurídico. Sólo en atención a un fin se ha atribuido la potestad. Más allá de ese fin no cabe una válida actuación de aquélla. La necesidad de perseguir justamente ese fin en el actuar administrativo es una «regla sicológica» esencial para la Administración.

Es claro así que el fin de las potestades administrativas, «fijado» por el ordenamiento jurídico, integra siempre un elemento reglado de aquéllas de suerte que un control de legalidad puede llegar a la apreciación de la desviación de poder sin extralimitarse pues no implica valoraciones de oportunidad.

B) En el mismo sentido ha de entenderse que el control de legalidad incluye el examen del plan a la luz de las exigencias de los principios generales del Derecho puesto que éstos al integrar —precisamente en su más íntima esencia— el ordenamiento jurídico quedan plenamente incluidos en el ámbito del principio de legalidad —sentencia de 18 de mayo de 1992—: la Administración no sólo está sujeta a la Ley sino también al Derecho —art. 103,1 de la Constitución—, es decir, a algo distinto de la Ley y que se identifica con los principios, como ya puso de relieve la magistral Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional. Son los principios la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y, así, al informar todo el ordenamiento jurídico —art. 1.º.4 del Título Preliminar del Código Civil— y por tanto la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional resulta claro que la actuación de ésta ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos y más concretamente a las del principio de interdicción de la arbitrariedad de



los poderes públicos —art. 9.º.3 de la Constitución— que en lo que ahora importa aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.

En conclusión, el carácter discrecional de un aspecto del planeamiento, en ausencia de intereses supralocales, excluye, sí, el control de oportunidad pero no el de legalidad y más concretamente el que se desarrolla a la luz de los principios generales del Derecho.

Ya en este punto será de destacar que la Memoria del Plan, que ha de considerar la edificación existente en el territorio —art. 38.2.º.e) del Reglamento de Planeamiento—, forma parte integrante esencial de aquel —sentencias de 25 de abril y 20 de diciembre de 1991, 13 de febrero y 15 de diciembre de 1992, 21 de septiembre de 1993, etc.— lo que implica que no es una opinión de su redactor sino un contenido del plan incluido en lo que ahora importa en las aprobaciones inicial y provisional.

Así las cosas, ha de entenderse acreditado:

A) Que las infracciones aludidas en el acuerdo denegatorio de la aprobación definitiva aquí impugnado existieron realmente —Memoria descriptiva y justificativa, Desarrollo del Plan Parcial, núm. 22 en rojo—.

B) Que la finalidad de la Modificación aprobada inicial y provisionalmente por el Municipio, reduciendo la anchura del vial de diez a seis metros, era precisamente la de acoplar la normativa a la realidad —Memoria, Objeto Modificación, hoja 1, num. 25 en rojo—, legalizando así las infracciones, como advierte el acuerdo aquí impugnado».

*(Sentencia de 21 de febrero de 1994, Ar. 1455, Delgado Barrio).*

2. *Estudio económico-financiero. Para que prospere una impugnación planteada contra un estudio económico-financiero será preciso que resulte acreditada la inviabilidad de la actuación cuestionada, sin que los defectos u omisiones puedan determinar la nulidad del plan combatido.*

«Con relacion al Estudio Económico Financiero del Plan litigioso se dice en el escrito de alegaciones de la parte apelante que los costes que se analizan son exclusivamente los de ejecución material de determinadas unidades de obra y se elude la evaluación de la implantación de los servicios, sin que tampoco comprenda dicho Estudio todos los gastos de

urbanización. También pone de relieve la indicada parte que la promotora ha revalorizado unilateralmente y de forma excesiva los terrenos aportados por la misma a la actuación urbanística de que se trata sin que dicha promotora justifique un determinado apoyo financiero de una Caja de Ahorros.

En relación con el problema que ahora se examina interesa indicar que en la Ley del Suelo de 1976, como esta Sala puso de manifiesto en sentencia de 19 de febrero de 1992, la importancia del estudio económico financiero aparece devaluada, y así, de los artículos 9.2.e) y 10.2.a) de la Ley de 12 de mayo de 1956, por los que, respectivamente, se disponía la inclusión en los Planes Generales de un estudio económico-financiero que justificara la ponderación entre el criterio de planeamiento en que se sustentase y las posibilidades económicas y financieras del territorio y población, y de una memoria en los Planes Parciales justificativa de la ordenación, de las etapas para realizarla y de los medios económico-financieros disponibles y que deberían quedar afectos a la ejecución del Plan, con base en los cuales se había elaborado una doctrina jurisprudencial exigente en la materia, se pasó a una mayor discrecionalidad administrativa al, en la Ley refundida en el Texto de 9 de abril de 1976, artículos 12.2.1.h) y 3.e), respecto de los Planes Generales, y 13.2.g), en cuanto a los Planes Parciales, exigir simplemente determinar, en suelo urbano en aquéllos y en suelo urbanizable programado en éstos, la evaluación económica de los servicios y de la ejecución de las obras y la confección de un estudio económico-financiero, y en los artículos 42 y 55 del Reglamento de Planeamiento, desarrollando aquéllos y los 29.1.j) y 45.1.h) del mismo, disponer tan sólo unas evaluaciones económicas en los estudios correspondientes a cada Plan, abandonándose en consecuencia aquellas ponderaciones entre criterio de planeamiento y reales posibilidades económicas y financieras y afectación de los medios económico-financieros disponibles a la ejecución del Plan.

Si la evaluación económica de la implantación de los servicios y de la ejecución de las obras de urbanización, a la que se refiere el antes indicado artículo 45.1.h), así como la determinación referida a los medios económicos de toda índole con que cuente el promotor o promotores de la urbanización, con especificación de los recursos propios y las fuentes de financiación, exigida en el artículo 46 d) del Reglamento de Planeamiento, tienden en definitiva a asegurar la viabilidad económica de la actuación urbanística de que se trate, preciso será, para que prospere una impugnación planteada contra un Estudio Económico-Financiero, que en las actuaciones, por los elementos probatorios que se hayan

aportado, resulte acreditada la inviabilidad de la actuación cuestionada, sin que, por tanto, determinados defectos u omisiones, siempre que no revistan gran entidad, de que pueda adolecer un determinado Estudio Económico-Financiero puedan determinar la nulidad del Plan Parcial combatido».

*(Sentencia de 29 marzo de 1994, Ar. 2410, García-Ramos Iturralde).*

3. *Ejecución del planeamiento. Sistema de compensación. únicamente los propietarios de suelo destinado a sistemas generales son compensados en sectores con exceso de aprovechamiento. No se entiende ajustada a Derecho la previsión de indemnización de los bienes situados fuera del sector pues su destrucción o deterioro no puede considerarse que venga exigida por la ejecución del plan. Improcedencia de la exigencia como requisito para el otorgamiento de la licencia de obras de la previa conformidad del Consejo Rector de la Junta al proyecto de edificación.*

«Para pronunciarse en relación con el problema que ahora se examina preciso es tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3.b) del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, que se refiere a las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbanizable programado, se prevé la posibilidad de que en aquellos sectores, como el de autos, que tengan atribuido un aprovechamiento medio superior al establecido en el Plan para todo el suelo urbanizable programado, ese exceso de aprovechamiento en lugar de ser objeto de cesión obligatoria y gratuita, se destine a la adjudicación de suelo «para los propietarios de terrenos afectados por sistemas generales». Preciso es resaltar que el precepto acabado de indicar se refiere expresamente a los propietarios de terrenos afectados por sistemas generales sin que, por tanto, aluda a los propietarios de plantaciones, obras o instalaciones situados en terrenos de sistemas generales exteriores al sector. Asimismo el artículo 51 del expresado Reglamento alude a los propietarios de terrenos que, formando parte del suelo urbanizable programado y que, por estar destinados en el Plan General a sistemas de comunicaciones y sus zonas de protección, espacios libres para parques públicos y zonas verdes, equipamiento comunitario y centros públicos, carezcan de aprovechamiento, y establece dicho precepto que a tales propietarios se les compensará, en el oportuno procedimiento de reparcelación o compensación, mediante la adjudicación, cuando no se aplique la expropiación, de otros terrenos en sectores con exceso de aprovechamiento. Igualmente hay que significar que son únicamente los propietarios de terrenos de

las características antes indicadas los que son compensados en sectores con exceso de aprovechamiento. En el artículo 167.1 del Reglamento de Gestión, referido al sistema de compensación, claramente se distinguen las fincas aportadas y las edificaciones, obras, plantaciones e instalaciones que deben derruirse o demolerse.

A lo expuesto en el fundamento anterior hay que añadir que el artículo 157 del Reglamento de Gestión, dice que deben constituirse en Junta de Compensación los propietarios de suelo incluidos en un polígono o unidad de actuación «y los de suelo exterior al polígono ocupado para la ejecución de sistemas generales, que deban participar en el polígono o unidad de que se trate». Como se ve, también este artículo únicamente alude a los propietarios de suelo exterior al polígono, al igual que el 163.4 del mencionado Reglamento que determina que «también tendrán derecho a formar parte de la Junta de Compensación los propietarios de suelo destinado a sistemas generales, cuando hayan de hacerse efectivos sus derechos en el polígono objeto de actuación por este sistema». También alude a los propietarios de suelo el artículo 50 del repetido Reglamento.

Asimismo debe tenerse presente a los efectos del problema que se viene examinando que conforme al artículo 157.1 del Reglamento de Gestión, el sistema de compensación tiene por objeto la gestión y ejecución de la urbanización de «un polígono o unidad de actuación». Igualmente hay que tener presente que el artículo 60 del tan aludido Reglamento al referirse a las indemnizaciones debidas a los propietarios y arrendatarios de edificios y construcciones que hayan de derribarse, así como a las indemnizaciones derivadas de destrucción de plantaciones, obras e instalaciones, se refiere a aquellas cuyo derribo exige «la correcta ejecución del plan» o que sean «incompatibles con el plan que se ejecute».

Si, como resulta del contenido de los artículos referidos en anteriores fundamentos, son únicamente los propietarios de suelo destinado a sistemas generales los que son compensados en sectores con exceso de aprovechamiento, y si los edificios, construcciones, plantaciones, obras e instalaciones que deben derribarse o destruirse son las que exija la correcta ejecución del plan de que se trate, no puede entenderse como ajustada a Derecho la determinación cuestionada, conforme a la cual, como ya se indicó, en la ejecución del Plan Parcial en cuestión deben ser indemnizados no sólo los bienes ajenos al suelo situados dentro del Sector sino también los situados fuera del mismo, pues la destrucción o el derribo de estos últimos bienes no puede considerarse que venga exigida por la ejecución del aludido Plan, sin que tampoco los propietarios

de dichos bienes se integren en la Junta de Compensación de que se trata al hacerlo sólo los de los suelos de sistemas generales. A la conclusión acabada de indicar no puede oponerse que la entidad apelante fuera la que en su día propuso la prescripción litigiosa pues ésta fue introducida por el Ayuntamiento interesado en el acto de la aprobación definitiva del Proyecto en cuestión.

En el otro de los recursos contencioso-administrativos cuya desestimación ha dado origen a la presente apelación, lo que se cuestiona es la legalidad del acto administrativo que ordenó, con relación al Proyecto de Bases y Estatutos al que nos venimos refiriendo, la supresión del párrafo segundo de la Base 16<sup>a</sup>. Dicho párrafo decía así: «En las mismas circunstancias los adjudicatarios de fincas resultantes podrán asimismo edificar en sus terrenos, siempre que haya sido aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación, siendo requisito necesario de la licencia de obras la previa conformidad por escrito del Consejo Rector de la Junta al proyecto de edificación, a cuyo efecto deberá presentarse ante el citado Consejo un ejemplar del mismo debidamente visado. En todo caso se estará sujeto a la determinación de estos terrenos en el futuro Proyecto de Compensación». Dice la Sala de instancia que «mediante dicha determinación se venía a establecer un presupuesto necesario para la obtención de la licencia, presupuesto que, al menos en la forma que venía redactado, ha de estimarse, frente a lo que afirma la parte recurrente, que tenía carácter vinculante y por tanto, en caso de no obtenerse la referida conformidad, imposibilitaría la obtención de licencia, produciéndose con ello una distorsión del procedimiento y requisitos necesarios para la obtención de licencia, carente de apoyo legal, y que en la forma propuesta no puede imponerse a particulares distintos de los que voluntariamente lo hubieran podido aceptar».

La pretensión de apelación, en el particular de que ahora se trata, se apoya al decir que «la propia Ley está reconociendo a los propietarios de un Polígono la facultad de regular sus propias relaciones, unas con carácter mínimo, las contenidas en las letras a) a n) del artículo 167 del Reglamento de Gestión citado, y otras, complementarias de aquéllas, de acuerdo con lo previsto en el n° 2 del mencionado precepto legal. Y entre esas determinaciones complementarias debe entenderse incluida aquella que fue suprimida por el Ayuntamiento de Zaragoza». También dice la parte apelante que «en definitiva, la Base suprimida no tendría mayor significación que, por ejemplo, las ordenanzas de estética contenidas en el Plan Parcial (...). Se trata pues de conseguir única y exclusivamente una cierta coordinación y coherencia en el cumplimiento de las determinaciones urbanísticas del Plan».

Las alegaciones de la parte apelante, que, en lo fundamental, han sido recogidas en el razonamiento anterior, no pueden ser estimadas ya que este Tribunal entiende que la Sala de instancia ha resuelto con acierto la cuestión que ahora se enjuicia. Preciso es tener en cuenta que el procedimiento para obtener las licencias de obras está regulado en el artículo 9 del Reglamento de Servicios sin que pueda, por tanto, admitirse una regulación paralela que imponga el cumplimiento de requisitos no previstos en la referida normativa. Preciso se hace también resaltar que en la Base suprimida no se fijan los criterios conforme a los cuales tendría lugar el otorgamiento de la conformidad a la que la misma se refiere. Por otro lado, si bien el artículo 167.2 del Reglamento de Gestión determina que «las bases de actuación podrán contener además las determinaciones complementarias que se consideren adecuadas para la correcta ejecución del sistema y de las obras de urbanización», no puede entenderse este precepto en el sentido de que a través de las determinaciones a las que el mismo se refiere pueda, como en el caso presente ocurre, variarse el sistema legal de concesión de licencias. Hay que significar que el mencionado precepto se refiere a determinaciones «complementarias» adecuadas para la ejecución del sistema de compensación, esto es, a determinaciones no previstas por la normativa que regula el mencionado sistema pero que van a contribuir a una correcta ejecución del mismo, pero sin que en ningún caso por medio de la introducción de dichas determinaciones pueda contradecirse el ordenamiento aplicable».

*(Sentencia de 31 de enero de 1994, Ar. 227, García-Ramos Iturralde).*