

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO:

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal del Consejo de Estado.-

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ

La función jurídica del Estado comprende diversas actividades, entre las que sobresale la de policía (García Oviedo y Martínez Useros, *Derecho Administrativo*, tomo II, Murcia, 1958, pág. 30). Por policía administrativa se entiende el conjunto de medidas de intervención utilizadas por la Administración sobre la libertad del particular para que éste ajuste su actividad a un fin de utilidad pública (Garrido Falla, *La evolución del concepto jurídico de policía administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, número 11, 1953). La policía es pues un título, en sus orígenes, político y, hoy, jurídico, de intervención (Jordana de Pozas, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, número 4, pág. 11 y ss), que actúa directamente sobre la libertad, sujetándola y, de ordinario, menoscabándola (FOIGNET, *Histoire de Droit administratif français*, París, 1904, pág. 89).

Cuando la intervención sobre la libertad personal afecta a las competencias propias de las Entidades Locales, se habla de policía administrati-

va local (IRURETAGOYENA ALDAZ, *La actividad administrativa de policía y la policía municipal*, en Administración Local de Navarra, Pamplona, 1987).

No es este el lugar adecuado ni para dar cumplida cuenta del proceso de formación de la noción de policía administrativa (por todos, FISCHER, *La police*, Leyde, 1958; una exposición de conjunto, en MAILLET, *Précis d'Histoire des institutions*, Madrid, 1956); ni para poner de manifiesto de manera pormenorizada que se trata de un concepto genérico, del que se han ido desgajando otros títulos políticos y técnicos de intervención, y, a la vez, referencial, en el sentido de que existe y se define en función de su arquetipo, el orden público (por todos, CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*, Madrid, 1995 y NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, en Revista de Administración Pública, número 76); ni, en fin, para exponer la situación de sumisión de los particulares frente a la Administración en virtud de los poderes generales y especiales de policía que ésta ostenta (*relaciones generales y especiales de supremacía*) (por todos, GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, en Revista de Administración Pública, núm. 34, págs. 11 y ss.). Basta con algunos retazos recordatorios.

La doctrina (por todos, VILLAR PALASI, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, pág. 145) ha puesto de manifiesto que el primitivo título de intervención del poder regio era la *pax publica*, correlato del canónico *pax Dei*. La *pax Dei* atribuía a las autoridades eclesiásticas la conservación de la paz en los lugares sagrados, aunque pertenecieran a otros. El Monarca, desde los tiempos visigóticos, tenían análogo poder respecto al lugar donde se encontraba: era el *bannus*. Pues bien, los Monarcas asturianos, primero, y leoneses, después, se sirvieron del concepto de *pax publica* para atribuirse las facultades de conservación del orden en un primer instante y la titularidad de los caminos ulteriormente por donde discurría la ruta jacobea. Esa concepción, limitada inicialmente al Camino de Santiago, se expandirá ulteriormente. La custodia de los caminos y su titularidad correspondía al Rey.

A partir de entonces, la historia se precipitó y es mejor conocida. La *pax publica* cristalizó en el *dominium publicum*; ulteriormente, el Monarca se vió en la obligación de mantener el orden no sólo en los caminos sino en todo el Reino y surgió la noción de *policía*. El anhelo de bienestar impulsó al gobernante a mejorar las condiciones del pueblo y para ello se invocó un nuevo título: el *fomento*. A partir de entonces, la *obra pública* y

el *servicio público* fueron el corolario de un técnica que, en España, hundía sus raíces en el Medioevo.

En la evolución jurídica europea, la policía era originariamente sinónimo de actividad pública, de la que fueron desgajándose sucesivamente las atinentes a la religión (siglo XVI), al Ejército y a la Hacienda (siglo XVII) y al bienestar público (*fomento*) (siglo XVIII), para quedar ceñida a la noción de libertad y de seguridad pública (siglo XIX).

Con posterioridad, la noción de policía —sustituido el término por el intervención— sufre un proceso inverso en el sentido de comprender las actividades reguladoras en cualquier ámbito económico y social, proceso consecuencia del fortalecimiento del Estado amparado por las doctrinas socialistas en todas sus formas. Esta ampliación del concepto ha dado lugar a los conceptos de policía general y policías especiales.

Los medios de policía, esto es, los instrumentos para el desarrollo y la ejecución de la actividad policial, son múltiples; unos, personales; otros, materiales y, por último, otros también jurídicos. Medios jurídicos de policía son las autorizaciones, las órdenes, las prohibiciones y las sanciones. Los conceptos de todos ellos pertenecen a la teoría general del Derecho y, más propiamente, del Derecho Administrativo, razón por la cual procede remitirse a ella.

La técnica de la autorización se utiliza en numerosísimas actividades objeto de control por parte de la Administración Local. Es baldío todo esfuerzo de enumeración. Baste señalar espigar algunos casos de los muchos previstos en la legislación y analizar alguno en concreto.

La autorización municipal es precisa para el transporte de mercancías peligrosas en los cascos urbanos (*Real Decreto 74/1992, de 31 de enero*); para la ejecución de obras y apertura de establecimientos industriales y mercantiles; para la ocupación de la vía pública (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, artículo 75); para la venta ambulante en puestos o en camiones-tienda (*Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículos 51, 61 y 71*); para el establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; para el ejercicio de la actividad de autotaxi o transporte de vehículos ligeros (*Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, modificado por Reales Decretos 236/1983, de 9 de febrero, y 1080/1989, de 1 de septiembre*); para la instalación de máquinas expendedoras (*Ley 7/1996, de 15 de enero*); para la celebración de espectáculos y actividades recreativas (*Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto*); para la fijación de horarios especiales; para la celebración de espectáculos taurinos (*Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos*); para la celebración de

espectáculos de fuegos artificiales (Orden de 20 de octubre de 1988); para la apertura de establecimientos hosteleros; para el establecimiento de carteles anunciadores.

La técnica de las órdenes y prohibiciones, que al fin y al cabo no son sino órdenes de abstenerse, se prevén en análogas materias a las antes consignadas para las autorizaciones, aunque, claro está, con sentido contrario. Así, en materia de el transporte de mercancías peligrosas en los cascos urbanos (*Real Decreto 74/1992, de 31 de enero*); de la ejecución de obras y apertura de establecimientos industriales y mercantiles; de la ocupación de la vía pública (Reglamento de Bienes de las Entidades locales, artículo 75); de interdicción de la venta ambulante en puestos o en camiones-tienda (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículos 51, 61 y 71); de establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; de instalación de máquinas expendedoras (Ley 7/1996, de 15 de enero); de la celebración de espectáculos y actividades recreativas (Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto); de la celebración de espectáculos taurinos (Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos); de la celebración de espectáculos de fuegos artificiales (Orden de 20 de octubre de 1988); de la apertura de establecimientos hosteleros; de el establecimiento de carteles anunciadores; de realización de actividades de riesgo para la producción de incendios forestales (Ley 81/1968, de 5 de diciembre, de Incendios Forestales); de reparación y rehabilitación de edificios; de horarios; de defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios); de ordenación de costas (baños), etc.

La técnica de la sanción se utiliza en todos los ámbitos en los que están presentes las otras —autorizaciones, órdenes y prohibiciones— como instrumento represor. En el ámbito local, no presenta particularidades respecto a la legislación general.

Arquetipo de licencias municipales exclusivas y compartidas son las de obras, primera ocupación y apertura, de una parte, y de autorización de apertura de actividades clasificadas, de otra. Conviene dar sucinta cuenta de alguna de ellas, habida cuenta la imposibilidad de pasar revista a las enumeradas anteriormente.

La licencia de obras está regulada por la legislación autonómica; la legislación estatal, contenida primordialmente en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, y en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; y, en fin, en las ordenanzas municipales.

La licencia de obras es un acto de intervención de la Administración en la actividad de edificación y uso por el que se remueve el obstáculo jurídico que impide el ejercicio del derecho a edificar. Frente a concepciones disparatadas recogidas en la legislación anterior —Ley 8/1990, de 25 de julio— (una correcta crítica en DELGADO-IRIBARREN NEGRAO, *Comentarios a la Ley sobre Reforma de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, Granada, 1990), conforme a la vigente, la licencia no es constitutiva del derecho, pues su contenido y extensión vienen determinados por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que la Administración se ciñe a verificar la conformidad del acto de edificación y dicho ordenamiento (*Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999*).

Se requiere licencia de obras para todo acto de edificación (Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 242.1). Quedan pues comprendidas las de nueva planta, las de ampliación, modificación de aspecto exterior y disposición interior de los edificios, de los usos y las provisionales (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1999*); las que comporten transformación material del suelo por cambio del destino atribuido, como en el caso de los cerramientos de terrazas (*Sentencia de Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 1998*); las obras mayores y menores, entendiéndose por éstas últimas «las de sencillez técnica, escasa entidad constructiva y económica que no alteran el volumen ni afectan a la estructura, diseño exterior y condiciones de habitabilidad o seguridad de un inmueble» (Ley balear 10/1990, artículo 7.2); las que se ejecuten excepcionalmente en suelo no urbanizable y las hechas en edificaciones fuera de ordenación (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1999*) y, en principio, las realizadas por las Administraciones públicas, salvo casos de urgencia o excepcionalidad (Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 244.1) o previsión autonómica en tal sentido (Decreto Legislativo canario 1/2000, artículo 166.4, para las municipales).

Es preciso obtener licencia aunque el interesado sea titular de un derecho civil habilitante para edificar o de un derecho de superficie (*Sentencia de 30 de julio de 1999*)

Con carácter general, la solicitud de licencia de obras exige la previa elaboración de un proyecto, si bien el Tribunal Supremo ha matizado tal exigencia, ciñendola, de una parte, a las obras mayores y de legalización (*Sentencia de 21 de diciembre de 1993*) y excluyendola en el caso de las obras menores (*Sentencia de 9 de julio de 1986*). El proyecto, que puede ser principal o parcial y está definido en el artículo 4.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, ha de ser elaborado y suscrito por técnico competente; ha de contener las determinaciones

reglamentariamente establecidas (Decreto 462/1971, de 11 de marzo, artículo 1.B), adecuarse a las previsiones de las normas técnicas de edificación —futuro código técnico de la edificación, superar las condiciones de calidad exigidas (en algunas Comunidades Autónomas; v. gr., Ley de Madrid 2/1999, artículo 5.5), incluir los estudios relativos a la seguridad e higiene en las obras (Ley 38/1999, artículo 1.3 en relación con Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre) y estar visado por el correspondiente Colegio Profesional (Ley 2/1974, de 24 de febrero, artículo 5.q), constituyendo la falta de éste un defecto subsanable (*Sentencia de 14 de noviembre de 1990*) (sobre la cuestión, AROZAMENA SIERRA, *El visado de los proyectos técnicos por los Colegios profesionales*, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 48, pág. 29 y ss.).

La competencia para otorgar la licencia de obras es del Ayuntamiento; en concreto, al Alcalde (Ley 7/1985, de 2 de abril, artículo 21.1, en la redacción dada por la Ley 11/1999), salvo atribución expresa al Pleno o a la Comisión de Gobierno. El carácter municipal de la licencia no se ve empañado, ni por la exigencia legal del previo informe de otras Administraciones (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 1995*), ni por su otorgamiento, en virtud de subrogación, por la Comisión Provincial de Urbanismo (*Sentencia de 23 de junio de 1998*).

El otorgamiento de la licencia de obras puede estar supeditada a la obtención previa de autorizaciones especiales o a la emisión de informes por otras Administraciones u Órganos. Tales casos se dan en materia de costas (Ley 22/1988, de 28 de julio, artículos 25, 42, 51, 64, entre otros), de edificaciones turísticas (Ley canaria 7/1995, artículo 24, entre otras), de patrimonio histórico (Ley 16/1985, de 25 de junio, artículos 19, 22.1 y 39.1), de instalaciones nucleares y radioactivas (Real Decreto 1836/1998, artículo 14) de carreteras (Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, artículo 21.1), de impacto ambiental (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio), de zonas de interés para la defensa (Ley de 12 de marzo de 1975) (CARRASCO PERERA Y CORDERO LOBATO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2000, pág. 126).

La solicitud de licencia de obras se sujeta al régimen general del silencio administrativo contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En consecuencia, opera el silencio positivo, salvo que una norma de rango legal establezca lo contrario, y no es precisa la denuncia de mora. Las previsiones en contrario contenidas en la legislación (caso de los artículos 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística) han de entenderse modificadas por la legislación de procedimiento administrativo.

El otorgamiento de la licencia de obras es un acto reglado, no discrecional, de tal suerte que sólo puede denegarse por infracción del ordenamiento jurídico (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1990*). La licencia está sujeta a los presupuestos y requisitos exigibles para su otorgamiento; además, puede someterse a condiciones de naturaleza jurídica, no fácticas (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1989*) y no afecta a las situaciones jurídico privadas existentes entre su titular y los terceros.

La demora en el otorgamiento de la licencia puede generar la obligación pública de indemnizar los daños causados (Ley 6/1998, de 13 de abril, artículo 44.2).

La licencia de obra produce efectos desde su otorgamiento, aún a falta del abono de las correspondientes tasas por el interesado (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1991*), legitimando la actividad de construcción realizada en la forma y en los plazos de iniciación, interrupción máxima y terminación de los trabajos.

La licencia de obras es transmisible, si bien ha de comunicarse a la Administración la transmisión operada (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 13.1); y necesaria para practicar la declaración de obra nueva (Ley 6/1998, de 13 de abril, artículo 22), para contratar provisionalmente los suministros de aguas, gas, electricidad y teléfono en algunas Comunidades Autónomas (Ley 5/1999, de Castilla y León, artículo 101).

La licencia se extingue por caducidad; por cambio de plan, si la obra no se ha iniciado o, en fin, por anulación.

La ejecución de obras sin licencia o sin ajustarse a la otorgada faculta al Ayuntamiento para ordenar la suspensión de las obras y, caso de no ser legalizables, su demolición (Reglamento de Disciplina Urbanística, artículo 29.4). Las obras ilegales terminadas pueden ser legalizadas por la Administración y, caso de no proceder, demolidas (Reglamento de Disciplina Urbanística, artículo 31). En todo caso, son exigibles las responsabilidades administrativas apreciadas e, incluso, las conductas pueden ser constitutivas de delito (Código Penal, artículo 319).

El otorgamiento de la licencia devenga una tasa municipal, compatible con el Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras (Ley 39/1988, artículo 60) y sin perjuicio de la bonificación prevista para las empresas de urbanización (Ley 39/1988, artículo 74.1).

La licencia de primera ocupación es un acto de intervención de la Administración que tiene por objeto verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la licencia de obras y comprobar si el edificio

puede destinarse al uso pretendido por reunir las condiciones exigidas legalmente (*Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de 10 de abril de 1995*).

Está sujeta a la obtención de la licencia de primera ocupación la de edificios; la de viviendas de protección oficial, la de ocupación de un edificio tras la modificación de su uso, la de obras provisionales (ORTEGA BERNARDO, *Las licencias urbanísticas*, en *Revista de Derecho Urbanístico*, 154, pág. 687 y ss.).

El otorgamiento de la licencia de primera ocupación es competencia municipal (Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 243.1). Precisa que la obra se haya terminado al amparo de una licencia de edificación no caducada y conforme a las previsiones de ésta (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 1981*), lo que se acredita con el certificado final de obra suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio Profesional. Tiene como presupuesto que el edificio y la urbanización estén totalmente completadas, de tal suerte que uno y otra cuenten con suministro de agua, luz y alcantarillado. Requiere, además, la aportación del certificado de adaptación de la infraestructura a las condiciones técnicas contenidas en el proyecto (Orden de 26 de octubre de 1999).

Solicitada una licencia de primera ocupación y no existiendo resolución expresa por la Administración, se entenderá concedida por silencio administrativo, en análogos términos a los de la licencia de obras.

El otorgamiento de la licencia de primera ocupación habilita para el uso de la edificación; sustituye a la certificación final de obras a los efectos de la declaración de obra nueva (*Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 10 de abril de 1995*) y a la cédula de habitabilidad y debe ser facilitada a los adquirentes de viviendas (Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, de protección de los consumidores).

La licencia de primera ocupación es transmisible y devenga la correspondiente tasa, de manera análoga a la de obras.

El otorgamiento de la licencia de primera ocupación es un acto reglado de tal suerte que sólo puede ser denegada por falta de condiciones de la vivienda o edificación para el uso previsto; por inadecuación de la edificación al proyecto que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia de obras o por incumplimiento del deber de urbanizar. No puede denegarse por cuestiones de relativas a cesiones, reparcelaciones, errores cometidos con ocasión del otorgamiento de la licencia de obras o falta de liquidación de la correspondiente tasa (*Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1980, 30 de abril de 1984 y 10 de marzo de 1999*, entre otras).

Conforme al artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se sujetan a licencia la apertura y traslado de establecimientos industriales y comerciales. Se solicita después de ejecutada la edificación, si bien cabe pedirla antes de la licencia de obras cuando aquélla vaya a destinarse a «establecimiento de características determinadas» (Reglamento de Servicios, artículo 23).

Se trata de una licencia municipal que tiene un régimen jurídico análogo a la de obras, razón por la cual no procede reiterarlo.

Debe señalarse en todo caso que la exigencia de licencia de apertura es independiente de las licencias precisas con arreglo a las normas sectoriales aplicables. Ello ocurre en el caso de apertura de edificaciones turísticas (Ley canaria 7/1995, entre otras), de instalaciones nucleares y radioactivas (Real Decreto 1836/1998, artículo 14) y de locales destinados a actividades recreativas (Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto).

Arquetipo de licencia articulada en un procedimiento de intervención por otra Administración es la de actividades clasificadas. En efecto, la apertura de establecimientos mercantiles o industriales destinados a la realización de actividades clasificadas se sujeta a la obtención de la correspondiente licencia, que absorbe la prevista en el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El estado que presenta la legislación aplicable a las actividades clasificadas es marañoso y casi caótico. Inciden en la materia la regulación del Estado (Decreto 2424/1961, Orden Ministerial de 15 de marzo de 1963, Decreto 840/1966, Decreto 2231/1966, Orden Ministerial de 20 de julio de 1967, Ley 38/1972, Decreto 833/1975 y Decreto 2183/1968), que conserva carácter supletorio; la ingente legislación autonómica sobre la materia y las ordenanzas municipales.

El elenco de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas contenido en las normas estatales y autonómicas no constituye un *numerus clausus*, de tal suerte que ha de estarse a las calificaciones generales (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1998*).

El desarrollo de actividades clasificadas sólo puede exigir dos licencias, la de instalación y la de funcionamiento (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1993*). La finalidad de la primera es comprobar que la ubicación de la actividad pretendida es conforme con el planeamiento y si reúne las condiciones técnicas suficientes para impedir la producción de daños en las personas, en los bienes o en el medio ambiente (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1999*); no habilita para el funcionamiento de la actividad. La finalidad de la segunda es la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la de instala-

ción (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1998*). Ambas licencias son independientes de las de obras y primera ocupación.

El otorgamiento de la licencia de instalación es competencia municipal (Decreto 2414/1961, artículo 6), si bien existe un control técnico del órgano autonómico correspondiente, concretado en un informe vinculante para el Ayuntamiento.

La solicitud de licencia de instalación debe ir acompañada del correspondiente proyecto técnico y memoria de la actividad y se prevé la existencia de sendos trámites de información pública y notificación personal a los vecinos afectados en el procedimiento, cuya omisión determina la nulidad de la licencia.

La licencia de funcionamiento tiene por objeto la comprobación de que lo exigido en la licencia de instalación se ha cumplido. El título legítima indefinidamente la actividad autorizada y es condición imprescindible para la contratación de determinados servicios y suministros (*Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2000*).

II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

«El expediente sometido a consulta plantea en primer término la naturaleza de la solicitud formulada por Doña Josefina. Esta la presentó como reclamación previa a la vía civil y la Administración la recalificó como reclamación de responsabilidad patrimonial fundada en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha recalificación no fue notificada específicamente a la interesada, pero ésta tuvo conocimiento de ello con ocasión del primer trámite de audiencia que se le concedió y la aceptó, *facta concludentia*, tras percatarse de ello según se deduce del texto de su escrito de 11 de marzo de 1998, formulando alegaciones, solicitando el abono de una indemnización e invocando expresamente la Ley 30/1992 y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Así las cosas, el Consejo de Estado considera que, al haberse recalificado materialmente por la Administración el escrito de la peticionaria de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y haberlo aceptado, procede considerarlo como tal.

Respecto al fondo, el Consejo de Estado considera que la solicitud de indemnización de daños y perjuicios debe considerarse presentada fuera del plazo de un año legalmente establecido en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En efecto, la reclamante presentó su petición el 1 de febrero de 1996, cuando las obras de desdoblamiento de la CN-340 habían terminado en diciembre de 1990, fecha que debe tomarse como *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad; es decir, la solicitud de indemnización fue deducida cuando ya habían transcurrido con creces el término del año establecido en el mencionado artículo 142 de la Ley 30/1992. (Dictamen número 1424/2004).

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. «El Consejo de Estado considera que procede estimar la reclamación de la unión temporal de empresas adjudicataria de los trabajos «Autovía A-49. V Centenario. Tramo: San Juan del Puerto-Aljaraque» por los daños sufridos con ocasión de las lluvias caídas en diciembre de 2000.

Ha quedado acreditado que las obras sufrieron diversos daños, consistentes en aterramientos, derrumbes y desperfectos en los terraplenes a consecuencia de la mayor avenida del río Odiel, hecho debido a las lluvias torrenciales habidas entre el 21 y 26 de diciembre de 2000. Estas tuvieron un carácter tan importante que pueden calificarse correctamente como constitutivas de fuerza mayor, con arreglo al artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Y es que, a los efectos de la aplicación del mencionado artículo 144 lo relevante no son los efectos producidos por las lluvias, sino que éstas sean calificables de fuerza mayor.

En efecto, con arreglo al artículo 144 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso por el momento de celebración del contrato y de la producción del daño que se reclama,

«En los casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.»

Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

.../...

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes»

A falta de otras previsiones específicas en el artículo 144 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, en el artículo 132 del Reglamento General de Contratación y el cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Generales, para la interpretación del primero de los citados, ha de acudirse al Código Civil. En este cuerpo legal, el artículo 1105, se prevé que *«nadie responderá de aquéllos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»*. Con base en el transcrito precepto y al aplicar el artículo 46 de la Ley de 8 de abril de 1965, correlativo al 144 de la vigente, este Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones, que son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aún siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables; en especial, en lo tocante a la previsibilidad del acontecimiento y siendo éste un concepto de límite imprecisos, hay que entender la fuerza mayor, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de los acontecimientos extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que se puede calcular con una conducta prudente, atenta a los acontecimientos que el curso de la vida depara ordinariamente.

En relación con las inundaciones, en cuanto causa de fuerza mayor y por tanto como determinante de la obligación pública de indemnizar los daños a ellas debidos, la referencia legal a su carácter de «catastróficas» ha de entenderse, como ha señalado este Consejo de Estado, en el sentido ordinario y común del adjetivo empleado, lo que comporta una alteración grave del orden regular de las cosas. Su determinación ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica; bien a su importancia cuantitativa; bien a las circunstancias cualitativas del caso, tales como la torrencialidad de las lluvias —lo que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del lugar, como señalara ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1971—, la duración y permanencia de las

precipitaciones, la descarga con carácter de tromba, la cantidad de agua caída en un corto período o, incluso, la afección de los bienes. Circunstancias todas ellas que han de tenerse en cuenta en atención a la realidad social y a la exigencia de hacer efectivo el principio de solidaridad. Así las cosas, la noción de inundación catastrófica, en cuanto supuesto de fuerza mayor, se configura como un concepto jurídico indeterminado diacrónico que lo acerca, a los denominados por la jurisprudencia foránea, *transformative torts*.

Pues bien, la aplicación de lo expuesto tiene consecuencias claras en el caso sometido a consulta. Las lluvias habidas pueden calificarse de catastróficas a la vista de su caudal, pues su importancia superó los límites normales, excediendo lo que comúnmente puede llamarse lluvias copiosas o abundantes, según se deduce de los datos facilitados por el Instituto Nacional de Meteorología.

Al ser calificables las lluvias de fuerza mayor, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos con arreglo al precepto antes citado, de tal suerte que procede estimar la reclamación sometida a consulta.»

(*Dictamen 64/2004*).

2 «La cuestión suscitada en el presente expediente se ciñe a determinar si procede o no la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la empresa reclamante.

Los contratos originan una relación jurídica entre las partes, que les vincula y es, como regla general, inalterable y obligatoria (Código Civil, artículos 1254, 1256 y 1258).

En el caso del contrato de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, sin que a la Administración «le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir», por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor.

En otros términos, el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor. La referida regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la

gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece, pues, ajena a la suerte o desventura del contratista. Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Lo expuesto no significa que la regla de riesgo y ventura del concesionario no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero.

El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*boulevardissement*, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*) bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que los desbarata completamente.

La apreciación de dicha alteración sustancial ha de hacerse en cada caso concreto, atendiendo a las concretas circunstancias de la relación contractual ponderada. En otros términos, el reconocimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización por alteración del equilibrio económico financiero del contrato no es consecuencia indefectible y automática derivado del incremento de los costes de su ejecución en

cuantía superior a un determinado porcentaje de su precio. Cuando el Consejo de Estado ha señalado en ocasiones un porcentaje en tal sentido, no lo ha hecho de manera rígida y absoluta, sino, antes al contrario, como simple pauta para valorar las circunstancias concretas que puedan concurrir.

Así las cosas, el Consejo de Estado considera que, en el caso sometido a consulta, no procede reconocer indemnización alguna al contratista. Los incrementos de precios de los productos derivados del petróleo habidos desde marzo de 1998 hasta noviembre de 2000 deben ser soportados por la empresa contratista, pues entran dentro de su riesgo y ventura. En efecto, aunque, es cierto que, como ha señalado el Consejo de Obras Públicas, dichos sobrecostes no tienen una compensación plenamente satisfactoria mediante el mecanismo de la revisión de precios, no desbaratan gravemente la economía del contrato hasta tal punto de hacerlo excesivamente oneroso. Como ha señalado un Consejero de Obras Públicas, si se atiende a la totalidad de las compensaciones económicas percibidas por el contratista por la ejecución de la prestación debida es claro que la adjudicataria quizás no haya obtenido el beneficio que esperara, pero, también resulta indubitado, que no ha visto alterado gravemente la economía del contrato, desbaratándolo de manera completa.

En consecuencia, faltando el presupuesto de alteración grave de la economía del contrato, no procede adoptar ninguna de las medidas compensatorias excepcionales que el derecho ofrece.»

(Dictamen 661/2004)

3. MODIFICACIÓN DE ZONAS VERDES

«El Consejo de Estado ciñe su consulta a lo que la modificación proyectada afecta a zonas verdes.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 161.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico y el artículo 83.1 de la Ley 3/2002, de 19 de abril, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del Principado de Asturias, la modificación de planes de ordenación urbana se sujetará a las mismas normas que se establecen para su formación. Con arreglo a éstas, corresponde al Pleno Municipal la aprobación inicial de la modificación, debiendo someterse la misma a información pública, insertándose los correspondientes anuncios en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y en un

periódico de gran circulación. Una vez cumplido el mencionado trámite de información pública, el mismo Pleno municipal debe aprobar provisionalmente la modificación.

La aprobación definitiva corresponde al Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 84.3 de la citada Ley 3/2002, de 19 de abril, del Principado de Asturias.

En cuanto al fondo, el Consejo de Estado no formula objeción alguna a la modificación proyectada. Tiene esta por objeto la relocalización de una zona verde a fin de adecuar el planeamiento a la situación real derivada de la ejecución de las obras de urbanización. La modificación tiene por objeto asegurar la configuración y la función prevista para la zona verde que ve modificada su ubicación y su extensión se ve incrementada. Por todo ello, habida cuenta además que se respetan los estándares exigidos por la Ley 3/2002, de 19 de abril, el Consejo de Estado informa favorablemente la modificación proyectada.»

(Dictamen 685/2004)