

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ  
*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal del Consejo de Estado: 1. Expropiación forzosa; 2. Procedimiento administrativo; 3. Contratos administrativos: fuerza mayor y riesgo imprevisible.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

1. La función jurídica del Estado comprende diversas actividades, entre las que sobresale la de policía (GARCIA OVIEDO y MARTINEZ 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 administrativa 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 la 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.

2. 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 54, 65 y 71*); para el establecimiento de mercadillos y mercados ocasionales o periódicos; para el ejercicio de la actividad de auto-taxi 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.

3. 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 del 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 54, 65 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; del 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.

## II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

### 1. EXPROPIACIÓN FORZOSA

«La reclamación deducida por los reclamantes, siguiendo las indicaciones de la Demarcación de Carreteras, y encauzada a través del procedimiento previsto para dilucidar las solicitudes de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración pública está correctamente

planteada y encuentra fundamento directo en el artículo 72 del vigente Reglamento de Expropiación Forzosa que previene que la “responsabilidad por demora se imputará al causante de la misma (...). Cuando el retraso sea imputable a la Administración expropiante ..., la responsabilidad exigible quedará comprendida en el párrafo primero del artículo 121 de la Ley y se hará efectiva con arreglo al procedimiento previsto en este Reglamento para tal supuesto. En ningún caso habrá lugar al pago de intereses de demora si ésta fuere imputable al expropiado”. Habida cuenta que dicho procedimiento reglamentario quedó derogado por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, resulta de aplicación el contenido en esta disposición.

Hay también que hacer hincapié en que el citado precepto reglamentario remite a la regulación sustantiva del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (al decir “la responsabilidad exigible... quedará comprendida en el párrafo primero”) en el caso de estas reclamaciones.

Respecto al fondo, el Consejo de Estado considera que procede el abono de la indemnización reclamada. En primer término, por cuanto el derecho de los interesados no prescribió, frente a lo sustentado erróneamente y sin justificación alguna por la Intervención Delegada en el Ministerio de Fomento en su informe de fiscalización. El procedimiento para la liquidación de intereses se inicia de oficio cuando se trata de expropiaciones forzosas. En el caso presente, además los interesados instaron su abono en 28 de febrero de 1995 y reiteraron su pretensión de pago, por escrito y verbalmente, en varias ocasiones según manifiesta la Demarcación de Carreteras del Estado. No hubo pues aquietamiento por parte de los interesados de tal suerte que el plazo de los cinco años a la sazón previsto para la prescripción de sus derechos se vió interrumpido en varias ocasiones. Frente a este actuar, fueron los servicios administrativos de Carreteras y la propia Intervención Delegada quienes demoraron injustificadamente la tramitación del expediente de pago de los citados intereses, infringiendo los plazos establecidos para tramitar y resolver. Y es claro que la indolencia administrativa en el despacho de los asuntos no puede perjudicar los legítimos derechos de los interesados, más cuando éstos han manifestado su voluntad de percibir las cantidades que les son debidas.

Así las cosas, considera este Consejo de Estado que concurren los requisitos exigidos por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública toda vez que cabe apreciar un defectuoso funcionamiento de los servicios

administrativos, un daño causado en los derechos de los reclamantes y la existencia de relación de causalidad entre uno y otro.

Respecto al importe de la indemnización, el Consejo de Estado considera que esta quedó cuantificada al momento de la solicitud, esto es, 21 de marzo de 2001, conforme a la liquidación practicada por la Administración pública y que tal es la cantidad que debe abonarse. Ahora bien, señalado antes que la presente reclamación se rige por la regulación sustantiva contenida en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, la cantidad a abonar deberá ser actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumo correspondiente hasta el momento de la resolución de reconociendo del derecho de los reclamantes y no mediante el devengo de intereses. En otros términos, el encauzamiento de la reclamación por la vía del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa comporta que el mecanismo estabilizador frente a la depreciación monetaria deje de ser el de los intereses, mecanismo previsto con carácter general en la citada Ley de Expropiación Forzosa en relación al justiprecio y los intereses devengados por éste, siendo, por el contrario, procedente la aplicación del mecanismo de actualización contemplado legalmente para las indemnizaciones de responsabilidad patrimonial.»

*(Dictamen 737/2006)*

## 2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

«El archivo es bien una operación material, bien un acto jurídico. En cuanto operación material, el archivo consiste en el depósito de las actuaciones en un archivo de gestión, cualquiera que sea la causa de terminación del procedimiento (por resolución, por desistimiento, por renuncia, por caducidad incluso por silencio, etc.). Como acto jurídico, bajo la denominación de archivo se comprenden una serie de casos en los que se pone fin al procedimiento de forma anormal. Entre ellos, cabe mencionar la desaparición del objeto del procedimiento (*Dictamen del Consejo de Estado número 2939/1997*), la prescripción, la renuncia y el desistimiento (artículo 42.1.2?), la muerte del interesado, cuando aquél no pueda ser seguido por sus causahabientes, y la modificación de la situación jurídica de los interesados, cuando ello lo comporte.

En el caso presente, la reclamación carece de objeto, por cuanto la pretensión de la parte solicitante ha sido satisfecha ya mediante la correspondiente indemnización de los daños sufridos por la pérdida de cosechas

expresamente contemplada en el justiprecio fijado por el Jurado de Expropiación Forzosa en su decisión ejecutoria, de tal suerte que procede su archivo.

(Dictamen 1159/2006)

### 3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

«1. La contratación administrativa se desarrolla bajo el imperio del principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución. Dicho principio quiebra en los supuestos de fuerza mayor especificados en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y en los casos en los que la Administración contratante altera las previsiones contractuales, entre las que se cuentan aquellos supuestos en los que las obras son ejecutadas sin sujeción al plazo convenido por causa imputable a dicha Administración, bien porque existiere un retraso en su iniciación, bien porque se desarrollan a un ritmo inferior al previsto.

En el caso presente, las obras sufrieron un retraso en la ejecución por causa imputable a la Administración, toda vez que quedaron prácticamente paralizadas en su totalidad mientras se aprobaba un modificación a propia instancia del órgano de contratación y se obtenía una autorización de Iberdrola para que la línea en construcción pasara por una subestación de su titularidad. La Administración debió entonces decretar la suspensión temporal parcial de los trabajos y el no hacerlo no puede causar efectos lesivos para el contratista como ha señalado este Consejo de Estado desde el lejano dictamen de 20 de junio de 1962. No cabe que la Administración aduzca la falta de un acuerdo formal de suspensión para eludir las consecuencias de una efectiva suspensión de las obras que debió decidir, no acordó y que, de hecho, se produjo.

Así las cosas, comprobada como está la paralización real de los trabajos, esta situación debe equipararse a la de suspensión temporal y, a la vista de su regulación –en concreto el artículo 102.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas–, *mutatis mutandis*, procede reconocer a la contratista el derecho a ser indemnizada por los daños reales sufridos durante el periodo de inexecución de los trabajos.

2. El reconocimiento del derecho de indemnización tiene como presupuesto la situación de retraso en la ejecución de los trabajos, sin que sea causa obstativa para dicho reconocimiento que la demora fuera en su caso programable. El concepto de programación hace referencia al ritmo de tra-

bajo, fijado antes de iniciar las labores, dentro del plazo final de ejecución de los contratos administrativos, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 132 de su Reglamento. Plazo final, que, como ha declarado reiteradamente este Consejo, tiene carácter esencial, pues no en balde se ha afirmado el carácter de negocio a plazo fijo del contrato administrativo de obras. En otros términos, el carácter programable o no de unos trabajos es irrelevante a los efectos de reconocer indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, tampoco es amparable para desestimar la solicitud de indemnización la afirmación hecha por algún servicio preinformante en el sentido de que, dada la entidad de la demora, resultaba ajustable la actividad de la empresa. Difícilmente pueden considerarse ajustables al plan de obra previsto inicialmente los trabajos en el caso de una demora en la que el plazo inicialmente contemplado casi se extendió en dos veces más. Y es que, como se ha señalado, el presupuesto para que pueda nacer la obligación pública de indemnizar es la superación del plazo final de ejecución, con independencia del carácter ajustable o no de los trabajos de la empresa a lo inicialmente proyectado o del carácter programable de las labores.

Por otra parte, es de señalar que, como bien expone el Sr. Consejero de Obras Públicas discrepante de la mayoría, el retraso originado por la necesidad de elaborar un modificado no era programable, por cuanto su exigencia se verificó después de iniciadas las labores de ejecución y por causa no imputable al contratista.

3. El mero retraso en la ejecución de un contrato no comporta de por sí que el contratista tenga derecho a percibir una indemnización. Es preciso que dicha demora le haya producido daños, reales y acreditados.

Dichos daños han sido reconocidos y evaluados por el Director de Obras y los servicios preinformantes en el presente caso. Además, han quedado fehacientemente acreditados con la documentación aportada por la empresa contratista a requerimiento del Servicio Instructor en un trámite posterior al informe del Consejo de Obras Públicas. En consecuencia, el Consejo de Estado considera que procede indemnizar a la contratista los daños que sufrió, consistentes en el incremento de los costes directos e indirectos, y cuyo montante está fijado en la propuesta de resolución, que se considera adecuada.

Quedan excluidos en dicha propuesta los correspondientes a los gastos generales solicitados por el contratista inicialmente, toda vez que se había producido “un cambio de doctrina del Consejo de Estado en su dictamen de 19 de febrero de 2004 en el que se dice que el incremento de costes generales no es indemnizable”. La exclusión se considera adecuada en el



caso presente pero dicha exclusión no debe entenderse como una indemnizabilidad de concepto, como se deduce del tenor de la propuesta de resolución, sino por no haber quedados acreditados los daños sufridos por la contratista por tal concepto. A juicio de este Cuerpo Consultivo, los incrementos de los costes generales son indemnizables si resultan acreditados como daños reales y efectivos, de conformidad con la exigencia contenida en el artículo 102.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resultando improcedente la aplicación automática del porcentaje de gastos generales sobre las partidas indemnizatorias derivadas de sobrecostes por suspensión de las obras (por ejemplo, dictámenes de 10 de junio de 1999, expediente número 1.067/99; 23 de mayo de 2002, expediente número 652/2002; 11 de julio de 2002, expediente número 1.273/2002, y 22 de diciembre de 2005, expediente número 1753/2005). Pues tal y como se decía en la Memoria de este Alto Cuerpo Consultivo del año 2001, su abono “debe desprenderse del expediente si han sido soportados efectivamente por el contratista y el porcentaje y cuantía que hayan gravitado sobre él”».

*(Dictamen 775/2006)*