

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**

87 *ENERO
JUNIO
2006*

MADRID

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