

# LIBERTADES PUBLICAS Y CONTROL JUDICIAL

(En torno a la sentencia del diario «Madrid») \*

POR

LUIS MARTÍN REBOLLO

SUMARIO: I. *Introducción.* La Sentencia de 25 de octubre de 1976: Los hechos.—II. *El problema de la cancelación de inscripciones en el Registro de Empresas Periodísticas.*—III. *El criterio interpretativo de las normas de policía.*—IV. *La suspensión de los actos administrativos que afectan al ejercicio de las libertades públicas.*—V. *La cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*—VI. *La desestimación de la desviación de poder.*—VII. *Reflexiones finales.*

*«... todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales. No es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política, o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reconducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido, pero si lo es, sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada.»*

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo.*

## I. INTRODUCCIÓN

La cita que abre este trabajo cumple un doble cometido: rendir homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y servir, además, de punto de partida para hacer unas cuantas reflexiones acerca de la problemática que plantea la Sentencia de 25 de octubre de 1976 (Arz. 4.375), de la que fue ponente el magistrado del Tribunal Supremo don Fernando Roldán Martínez, y que constituye, a mi parecer, una muy destacada muestra de problemas jurídicos que en líneas generales, a mi juicio, son resueltos con precisión técnica notable y hasta con brillantez. La decisión jurisprudencial resuelve un caso que tuvo, en su día, un

---

(\*) Este trabajo se cierra en abril de 1978. Ello explica la referencia a algunos proyectos de ley que, en el momento de la redacción del texto, aún estaban en trámite de elaboración o discusión parlamentaria.

enorme relieve, más allá de lo puramente jurídico, al trascender al terreno político y a la opinión pública, ya que afectaba directamente a uno de los medios de expresión de ésta. Se trata, en efecto, del complicado y confuso asunto —aunque la Sentencia lo trata con un rigor lógico intachable que reduce el caso a una exposición clara y sencilla—, del complicado y confuso asunto, digo, del diario «Madrid», cuya inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas fue cancelada por resolución del ministro de Información (por entonces don Alfredo Sánchez Bella) de 25 de noviembre de 1971, luego ratificada por el Consejo de Ministros en 7 de enero de 1972.

Los hechos y antecedentes que dieron lugar al recurso vienen muy bien expresados en el Considerando 5.º de la Sentencia que nos ocupa, en los siguientes términos:

Cdo.: Que antes de entrar a hacer la revisión del acto administrativo que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, conviene señalar, aunque sólo sea en síntesis, los hechos o antecedentes más destacados que resultan del expediente administrativo de inscripción de la Empresa del «Periódico "Madrid", Diario de la Noche, S. A.», en el Registro de Empresas Periódicas, así como de las presentes actuaciones, a saber: la existencia, anterior a la publicación de la Ley de Prensa e Imprenta, del periódico «Madrid», como empresa familiar, y de la Sociedad «Fomento de Actividades Culturales, Económicas y Sociales» («Faces»), constituida para responder fundamentalmente a las preocupaciones sociopolíticas de sus fundadores, la cual en 1962 adquirió el periódico «Madrid» con el fin de utilizar la prensa y servirse de él para difundir sus ideas y opiniones, pero, como el capital social de «Faces» no alcanzaba para pagar el importe de la compra del periódico, se realiza una operación financiada por medio de «Saf», que era una Sociedad financiera, es decir, una Compañía Mercantil de Financiación perteneciente al grupo de Empresas del Banco Popular, Banco cuyos dirigentes, a la vez, pertenecían en aquellas fechas al Consejo de Administración de «Faces», resultando como consecuencia de la adquisición del periódico «Madrid» ser «Faces» la única propietaria del mismo al pertenecerle y tener a su nombre todas

las acciones representativas del capital social de la Empresa «Madrid, Diario de la Noche, S. A.», existiendo entre las Sociedades «Faces» y «Saf» vínculos económicos reflejados en ese crédito otorgado por esta Sociedad a aquélla para financiar la compra del periódico, así como en la existencia de un paquete de acciones del capital de «Faces» que figuraban a nombre de «Saf», como consecuencia del citado convenio financiero que realmente era en sus detalles sólo conocido por los dirigentes del grupo del Banco Popular, que a su vez lo eran de «Faces», y, por tanto, controlaban económicamente el periódico «Madrid», al ser «Faces» el único accionista de «Madrid», y, a su vez, al estar vinculada y presente en esta Sociedad «Saf», en las personas que ejercían las facultades decisorias, terminando esta situación o primera etapa de la vida del periódico en el año 1966, en que se publica la Ley de Prensa y es necesario adaptar la Empresa «Madrid, Diario de la Noche, S. A.», a la nueva normativa establecida para las Empresas periodísticas y coincidiendo con la evolución *del estado de excepción en que se encontraba la prensa*, a una situación más consolidada por la nueva Ley (1), surgen y se manifiestan ciertas

---

(1) Lo destacado es mío. Nótese la valoración que el Tribunal hace de la situación anterior a la vigente Ley de Prensa de 1966 calificándola de «estado de excepción», lo que no deja de ser acertado si se tienen en cuenta los rasgos esenciales de dicha legislación: autorización para editar, censura previa, nombramiento gubernamental de directores de periódicos, consignas y ausencia de control jurisdiccional directo sobre toda la actividad administrativa en este sector. Confróntese a este respecto, E. GÓMEZ-REINO: *Aproximación histórica al derecho de la imprenta y de la Prensa en España (1480-1966)*, Madrid, 1977, pp. 190-198. Puede verse también M. FERNÁNDEZ DREAL: *La libertad de prensa en España (1938-1971)*, Madrid, 1971, pp. 15-66, o del mismo autor, *El control de la prensa en España*, Madrid, 1973, pp. 177-192. Desde un punto de vista expositivo y contemporizador para con el sistema jurídico anterior a la Ley de Prensa, F. CENDÁN PAZOS: *Historia del Derecho español de prensa e imprenta (1502-1966)*, Madrid, 1974, en especial pp. 181-199, donde, sin embargo, se desvelan algunos rasgos muy significativos de una regulación jurídica de la prensa que el autor afirma fundada en «la idea de servicio al Estado y a la comunidad, con derechos y deberes, y en función de un concepto del periodismo basado exclusivamente en la verdad y en la responsabilidad, no sometido por consiguiente a servidumbres de ninguna clase que pudieran hacer derivar la libertad de prensa en el más aborrecible de los libertinajes que e permitieran atentar contra los legítimos derechos de las personas, de la sociedad y del Estado» (p. 182 s.), y que estableció, entre algunas de sus disposiciones más destacables, «la censura previa con carácter *transitorio*» (la cursiva es mía); «la depuración de todas las bibliotecas públicas y de los centros de cultura en general» (Orden de 16 de septiembre de 1937), de las publicaciones pornográficas y «disolventes» (Decreto de 23 de diciembre de 1936) (p. 185); o la exención

tensiones que por posiciones ideológicas o criterios opuestos en el seno de «Faces» llegan a manifestarse como grupos contrarios en orden a la línea ideológica que debía llevar el periódico «Madrid», tensiones que producen la ruptura del equilibrio que hasta entonces existía en los órganos de «Faces», en que distintos grupos de accionistas de «Faces» pretenden suscribir rápidamente las acciones pendientes de la ampliación de capital o emisión efectuada en febrero de 1962 por valor de 24.000.000 de pesetas, de las que quedarán todavía pendientes de suscripción 16.000.000 de pesetas, que en acciones de 500 pesetas desde entonces venían siendo ofrecidas a los accionistas, cuya suma representada por 32.000 acciones fueron suscritas por el recurrente don Rafael C. S. a su nombre, ingresando en la cuenta corriente de «Faces», con un talón librado por el Banco de España por orden de «Saf», de acuerdo con «Faces», el importe de los 16.000.000 de pesetas, pero ninguna de estas relaciones privadas y hechos que se dejan citados van a ser objeto de examen en este recurso, que exclusivamente versa sobre el acuerdo de cancelación del diario «Madrid», su conformidad a Derecho o si infringe el Ordenamiento Jurídico Positivo, que surge con la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, cuya Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> otorgó el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor, para que las Empresas periodísticas existentes se acomodaran a lo dispuesto en dicha Ley, procediendo a inscribirse en el respectivo registro, inscripción que fue solicitada dentro

---

del requisito de censura previa en las publicaciones de literatura española anteriores a 1800, de las musicales o que, poseyendo letra, fueran anteriores a 1900, o de las de carácter litúrgico y textos latinos usados por la Iglesia si se acompañaba informe de la Real Academia de la Lengua, de la de Bellas Artes o del ordinario del lugar, respectivamente, según Circular de la Vicesecretaría de Educación Popular de 25 de marzo de 1944 (p. 189).

Todo ello sin perjuicio del juicio valorativo que pueda hacerse, y de hecho se ha expresado ya, respecto de la Ley de 1966, Ley cuya práctica concreta inhibitoria de la libertad de expresión ha dado origen a numerosas Sentencias relativas a sanciones, una muy importante muestra de las cuales ha sido analizada por E. GÓMEZ-REINO en su trabajo *Las infracciones al artículo 2 de la Ley de Prensa*, en esta REVISTA núm. 69 (1972), pp. 131 y ss. Puede verse también un juicio crítico de la Ley en F. SANTOS: *Cinco años de Ley de Prensa (notas para un diagnóstico)*, en «Cuadernos para el Diálogo» núm. 90 (marzo 1971), pp. 21-24; G. DUEÑAS: *La Ley de Prensa de Manuel Fraga*, París, 1969; o Guy HERMET: *La presse espagnole depuis la suppression de la censure*, en «Revue française de Science politique», vol. XVIII, núm. 1, febrero de 1968, pp. 44-67.

de plazo por la Empresa «Madrid» al Ministerio de Información y Turismo, que previa instrucción del correspondiente expediente dictó Resolución en fecha 18 de junio de 1969, acordando acceder a lo solicitado y, por lo tanto, proceder a la inscripción de dicha Empresa en el Registro de Empresas Periodísticas, condicionando simplemente ese acuerdo a que se aportase, en el plazo de ocho meses, el correspondiente certificado de inscripción de la Marca, a nombre de la empresa solicitante, como así se cumplió; pero con fecha 25 de octubre de 1971, por la Dirección General de Prensa del citado Departamento ministerial fue iniciado expediente con base a haber observado posibles anomalías en la documentación existente en el Registro de Empresas Periodísticas, en los asientos registrales en relación a determinados datos de la creación y ulterior desenvolvimiento de la mencionada Empresa periodística, extremos que numeradamente se señalan en la expresada Resolución de 25 de octubre de 1971 del referido Centro Directivo que dice haber tenido conocimiento en virtud de información practicada a tal fin, expediente de comprobación de datos que puede y debe ser calificado como expediente de cancelación por la advertencia expresa que en el citado acuerdo se hace de la posible cancelación de la inscripción en el Registro de comprobarse alguno de los supuestos que el artículo 29 de la Ley de Prensa e Imprenta señala como causas de cancelación, y como resultado de las actuaciones practicadas en el mismo fue dictada con fecha 25 de noviembre de 1971 resolución ministerial declarando la cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas de la Empresa «Madrid, Diario de la Noche, S. A.», por no haber aportado: a) la información y documentos requeridos por la legislación vigente; b) la existencia de una escritura pública, sobre inscripción y desembolso de acciones de «Faces», número 444, de 31 de enero de 1967, que no se ha aportado al Registro; c) la existencia de accionistas simulados en la Sociedad «Faces», única propietaria de «Madrid, Diario de la Noche, S. A.», y d) la intervención y proyección

financiera, en período posterior a la primera inscripción registral, y su vigencia permanente, del Banco Popular Español y de la entidad denominada, en anagrama, «Saf», de ninguna de las cuales aparece referencia en el Registro, resolución que recurrida en alzada ante el Consejo de Ministros por los tres recurrentes en el presente recurso dio lugar a la Resolución de 7 de enero de 1972, aquí impugnada, desestimatoria de los citados recursos de alzada con base en la no aportación al Registro de Empresas Periodísticas de la escritura pública número 444, de 31 de enero de 1967, y la existencia de accionistas interpuestos o simulados en la Sociedad «Faces».

La continuación también es conocida. La empresa vendió su patrimonio para pagar al personal y a sus acreedores, y en 1973 el edificio que albergaba al periódico (en la madrileña calle de General Pardiñas, donde hoy se asienta una moderna casa de apartamentos) fue literalmente volado con dinamita en lo que resultó ser una de las primeras voladuras «controladas» del país, y que se erigía así, en las impresionantes fotos que por entonces publicó la prensa, como todo un símbolo, siniestro y triste contra la cultura, la información y la libertad de expresión.

Los recurrentes solicitaron, en esencia, la nulidad del acuerdo de concelación, que se dé plena validez a la inscripción efectuada en 1969 y que se condene a la Administración al pago de los daños y perjuicios causados a la empresa «Madrid, Diario de la Noche»; lo que, en definitiva, resuelve en sentido favorable para los recurrentes la Sentencia que ahora contemplamos.

Varios temas afloran a lo largo de los doce considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo. En este momento me interesa resaltar los que creo más interesantes y que están presentes, directa o indirectamente, en la resolución judicial con pretensiones de trascender el caso concreto que en la misma se contempla. Esos temas, a mi modo de ver, son: 1) El problema de la cancelación de inscripciones en el Registro de Empresas Periodísticas; 2) El criterio interpretativo de las normas de policía; 3) El tema de la suspensión de los actos administrativos y, muy especialmente, de aquellos que restringen derechos subjetivos o afectan directamente al ejercicio de las libertades públicas; 4) La cuestión de la responsabilidad patrimonial, y 5) La problemática de la desviación de poder.

## II. EL PROBLEMA DE LA CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO DE EMPRESAS PERIODÍSTICAS

El tema de la cancelación de inscripciones en el Registro Oficial de Empresas Periodísticas que, por lo demás, es el núcleo fundamental de la Sentencia, ha sido examinado con todo detalle por Javier SALAS en su interesante libro *Registros de empresas periodísticas y editoriales. Régimen jurídico de inscripciones y cancelaciones* (2), del que ya me hice eco en otra ocasión (3), y que constituye un punto obligado de referencia a la hora de aludir a la problemática jurídica que la cuestión plantea.

En algún otro lugar he señalado que las grandes construcciones formales y las declaraciones constitucionales hallan su tamiz exacto en el juego de su regulación administrativa, donde se comprueba su verdadero alcance. Pues bien, el tema de la cancelación de una inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas, regulado en el artículo 29 de la aún vigente Ley de Prensa e Imprenta, constituye un tema clave en orden a verificar el funcionamiento y operatividad de un concepto como el de *libertad de expresión* al abordar, por vía indirecta, la cuestión de las limitaciones y cortapisas a aquélla. En efecto, las trabas impuestas en el sustrato económico e interno de la organización empresarial repercuten, y de manera muy decisiva, en el aspecto público y externo de la libertad de expresión, por mucho que esta última esté formalmente salvaguardada. Como J. SALAS ha puesto claramente de manifiesto, «no puede desligarse la libertad de expresión de la libertad de empresa (periodística o editorial), dado que, en gran parte, el contenido de ésta viene a ser, precisamente, el ejercicio de aquélla. (...) toda limitación o medida administrativa que afecte a la libertad de empresa, afecta también, ineludiblemente, de uno u otro modo, a la libertad de expresión» (4). Y ello porque la cancelación supone una medida de una enorme gravedad al imposibilitar la conti-

(2) Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1975.

(3) Cfr. mi recensión al mismo en el número 76 (1975) de esta REVISTA, páginas 487-491.

(4) Cfr. *Registros de Empresas Periodísticas y Editoriales*, cit., p. 35, donde añade en nota: «Es ésta, según creo, la idea que preside la siguiente consideración, contenida en un editorial de la revista «Cuadernos para el Diálogo», 1971, número 99, 6: "A nuestro entender, y por encima de la razón o sinrazón del pleito de propiedad de las acciones del diario 'Madrid', no es una empresa la que ha sido afectada, sino la *libertad de expresión*, que queda así todavía más lejana y reducida".»

nuación de la publicación afectada; supone, de hecho, una sanción más grave que cualquiera de las contempladas como tales en los artículos 67 a 70 de la Ley de Prensa, aunque la cancelación pretenda no configurarse como una verdadera sanción. Es decir, se trata de un episodio más de lo que muy gráficamente se ha llamado el tema de las *sanciones solapadas*, que de alguna manera conecta, y lo veremos en la Sentencia, con el problema del control del fin de los actos administrativos y la desviación de poder. Por lo demás, el hecho de que la cancelación constituye materialmente una sanción gravísima, la más grave de todas, al impedir la propia vida de la publicación de que se trate, es algo mucho más evidente en la actualidad tras la publicación del Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión. En efecto, dicho Decreto-ley, que en su exposición de motivos manifiesta que «se suprimen los límites que la indeterminación de los tipos o la discrecionalidad de la Administración imponían a la libertad de expresión a través de los medios informativos», dicho Decreto-ley, como se sabe, deroga el artículo 2.º de la Ley de Prensa y suprime las facultades de suspensión atribuidas a la Administración por el artículo 69 de la misma, y, aunque no hay una cláusula derogatoria explícita, una interpretación congruente obliga a que haya que entender derogado también lo dispuesto en el apartado a) del artículo 67 de la Ley que tipifica como sanciones muy graves precisamente las infracciones del artículo 2.º, las más significativas, desde luego, de los tres apartados del citado artículo 67, de forma que las infracciones muy graves quedan limitadas a los escasos supuestos de los apartados b) y c) del artículo 67, infracciones que, en adelante, sólo podrán ser sancionadas con multa de 50 a 250.000 pesetas cuando la responsabilidad afecte al autor o director, y de 100 a 500.000 pesetas cuando se trate de empresarios y empresas, pero en ningún caso con la suspensión de la publicación (5). De modo que si, por un lado, se suprime el artículo 2.º de la Ley de Prensa, que daba lugar con frecuencia a infracciones calificadas como muy graves, y si, por otro lado, desaparecen las facultades de suspensión de la Administración, es claro que hay una tendencia a reducir la esfera de intervención administrativa, a desadministrativizar el régimen de la prensa a favor de una mayor

---

(5) Téngase en cuenta que aun antes de la reforma de la Ley de Prensa tampoco cabía de manera directa la suspensión definitiva, el cierre de la publicación, como sanción administrativa, aunque es también evidente que un rosario de sucesivas suspensiones temporales podían asfixiar económicamente a una publicación, obligándola al cierre definitivo.

judicialización del sistema, cuestión ésta que, entre paréntesis, hay que calificar en términos generales de acertada, aquí y en general en todos los sectores que rozan el tema de las libertades públicas (6). Pues bien, de poco serviría tan loable empeño si permanecen las facultades de cancelación previstas en el artículo 29 de la Ley de Prensa, el resultado de cuyo ejercicio es, como vemos, mucho más grave que cualquiera de las sanciones formalmente consideradas como tales. Que el legislador tenía clara conciencia de esta incidencia sancionatoria en el tema de la cancelación de inscripciones lo demuestra el propio Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, cuyo artículo 3.º da nueva redacción al artículo 64-2 de la Ley de Prensa. Pues bien, en el apartado C) de dicho artículo 64 se lee: «La publicación habitual de impresos obscenos o pornográficos será causa de cancelación de la correspondiente inscripción registral.» Aquí sí que no existe ya el recubrimiento de la

---

(6) Aunque, como es evidente, ello exija como contrapartida lógica la instauración de un proceso sumario, rápido, de corte interdicial, que solucione la cuestión controvertida en sus concretas exigencias temporales, dado que si no, como ha sido ya reiteradamente señalado por la doctrina, el distanciamiento de la decisión judicial del momento concreto de la cuestión debatida equivale a una auténtica denegación de justicia. El supuesto que en este comentario se contempla es prueba bien evidente de esta aseveración. Sobre el tema, por todos, L. MARTÍN-RETTORTILLO: «La libertad ante el recurso contencioso-administrativo», en su libro *El vía crucis de las libertades públicas*, Madrid, 1976, p. 84, y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en el núm. 81 (1976) de esta REVISTA, p. 320.

La idea de instaurar un proceso contencioso-administrativo de estas características es la que, afortunadamente, parece va a prevalecer de aprobarse el proyecto de Ley sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona que publicó el «Boletín Oficial de las Cortes» del pasado 11 de febrero de 1978 (núm. 59), al crear unos «procedimientos judiciales basados en los principios de preferencia y sumariedad» en garantía de las libertades públicas que se conciben como «auténticos derechos públicos subjetivos de todos los españoles», según manifiesta la exposición de motivos de este proyecto que pretende ser una regulación provisional en espera de la definitiva aprobación de la Constitución. Por lo que hace al proceso contencioso-administrativo, destaca la supresión del recurso administrativo previo, incluida la reposición; el inicio del recurso directamente con la formalización de la demanda; el recorte sustancial de todos los plazos procesales; la apelación, en su caso, admisible en un solo efecto—innovación ya introducida para la Audiencia Nacional en el Decreto-ley de 4 de enero de 1977, y que es una solución interesante, sobre todo en estos casos, como ya apuntara T. R. FERNÁNDEZ al comentar el Decreto-ley citado y propiciar su generalización (*Sobre la planta...*, cit., p. 320)—; la tramitación urgente de estos recursos y la condena obligatoria en costas al recurrente o a la Administración Pública si fuesen rechazadas o aceptadas íntegramente sus pretensiones, novedad ésta que ya pretendiera el diputado conservador DANVILA—aunque sólo para el recurrente—al estudiarse la Ley Jurisdiccional de 1888, que con buen criterio la Comisión entonces no aceptó (véase mi libro *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1975, pp. 218-220), y que ahora también, a mi parecer, puede ser un arma de doble filo y una traba indirecta al libre acceso a los Tribunales.

cancelación-sanción bajo planteamientos de orden económico, técnico, financiero o laboral, sino que se trata muy claramente de una consecuencia gravosa por la realización de determinada conducta «habitual», concepto indeterminado, por cierto, que en manos de la Administración se puede convertir en un arma intimidatoria para determinadas publicaciones y que convendría matizar o aclarar, acaso, teniendo presentes los criterios penales de reincidencia y reiteración.

La Sentencia parece ver claramente esta problemática cuando en el Considerando 6.º afirma:

La primera objeción que cabe hacer al acuerdo de cancelación es la de no estimar que la cancelación, que lleva consigo la pérdida de todos los derechos efectivos nacidos de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas no tenga el carácter de sanción, cuando en derecho material, por su naturaleza jurídica y siempre que sobrevenga como consecuencia del incumplimiento de una obligación constituye una sanción y gravísima por la pérdida total de derechos que acarrea, de lo que se sigue que aunque formalmente la Ley de Prensa no la configure como sanción típica no incluyéndola en el cuadro general de las sanciones administrativas, no por esto pierde su naturaleza jurídica de sanción, a la que sólo debe llegarse ante una falta gravísima por lo que hay que entender que las causas de cancelación que expresa el artículo 29 de la Ley de Prensa sólo pueden llevar a la cancelación cuando la omisión o falta sea muy importante o esencial para la primera o sucesivas inscripciones así lo da a entender el propio texto del número 2 del indicado artículo 29-2 al preceptuar que la Administración «carezca de medios para practicar las comprobaciones pertinentes», es decir, que no es suficiente que el interesado requerido no aporte el dato exigido sino, además, que se carezca de medios legales para practicar la comprobación, y sólo en este supuesto y que los datos interesados sean «esenciales» será cuando, previa advertencia al interesado, procederá la cancelación de la inscripción.

Es decir, parece latir aquí un tema que personalmente me ha preocupado también en otro orden de cosas. Me refiero al tema de las

categorías jurídicas, de los dogmas, de las naturalezas jurídicas desligadas del régimen jurídico de cada institución. Me refiero al nominalismo de tantas construcciones dogmáticas en los textos positivos y entre la propia doctrina; nominalismo que, a veces, choca claramente con el régimen jurídico aplicable a la institución de que se trate. Es decir, para mí lo importante, lo verdaderamente relevante es el régimen jurídico al que habrá que adaptar la calificación en cuanto a su naturaleza, y no al revés. Esto a mi modo de ver, se ve muy claro en la evolución histórica de muchas instituciones. Cuando se ha querido adoptar un determinado régimen se ha calificado de una determinada manera la institución para que siguiera el régimen propio de esa calificación. Cuando se quiso que los oficios públicos se vendieran o heredaran se calificaba la naturaleza jurídica del empleado como una relación de propiedad para que siguiera su régimen; cuando se plantea el problema de la titularidad de los bienes comunales, por ejemplo, se acude a la noción moderna de propiedad que implica una titularidad... Pues bien, cuando el fenómeno es el inverso, cuando se pretende enervar un régimen jurídico con una simple calificación dogmática hay que averiguar la corrección del planteamiento en su concreta operatividad, hay que seguir el rastro de su evolución, hay que ver cómo opera, qué régimen materialmente sigue, qué consecuencias finales trata de conseguir. El concepto de servicio público, el tema de las subvenciones, la naturaleza de RENFE, la operatividad de la responsabilidad de la Administración, la caracterización de las diferentes clases de servidores de la Administración —funcionarios y no funcionarios—, son, entre otros, aspectos que de alguna manera encuentran nueva luz con este planteamiento (7).

En esta misma línea parece orientarse la sentencia. Y es que el tema de la cancelación de inscripciones en el Registro de Empresas

(7) El tema nos viene preocupando en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, más como planteamiento metodológico que como tratamiento colectivo del mismo. Así, la problemática expuesta sucintamente subyace en el trabajo de L. MARTÍN-RETORTILLO: *En torno a los bienes comunales*, en esta misma REVISTA; en el libro de J. BERMEJO: *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*, Madrid, 1975, o en el mío sobre *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977. Igualmente problemas de esta índole se apuntan en la reseña de G. FERNÁNDEZ FARRERES al libro de J. SALAS, *Régimen jurídico de la energía eléctrica*, también en esta misma REVISTA, y en su tesis doctoral, en curso de elaboración, sobre el tema de las subvenciones. En un trabajo, aún inédito, de A. EMBID sobre los vigilantes nocturnos y en su reseña al libro de YVES SAINT-JOURS: *Les relations du travail dans le secteur public*, París, 1977, e aparecer en breve en «Civitas Revista Española de Derecho Administrativo», se incide en la misma problemática general.

Periodísticas, no puede desligarse del sentido del propio Registro, ni del elevado número de datos que deben ponerse en conocimiento de la Administración. El Registro, en efecto, tiene como finalidad «permitir a la Administración un mejor conocimiento a efectos de realizar un control más efectivo de la persona, actividad o empresa registrada» (8), control que se configura como un elemento más de limitación en orden al ejercicio de la libertad de expresión, no sólo por la existencia en sí misma del Registro sino por el número elevadísimo de datos exigidos, su variabilidad, la necesidad de comunicar los más mínimos cambios, y las consecuencias que de ello se derivan (9). El Registro se convierte así en un arma en manos de la Administración a través de la cual se pueden conseguir fines políticos dado que ante un mismo hecho puede optar entre sancionar o cancelar; amalgama de regímenes que, naturalmente, se usarán, y de hecho se han usado, en función de la personalidad del presunto infractor (10).

Como afirma J. SALAS, el Registro «es plenamente coherente dentro del régimen jurídico vigente de la Prensa y, en general, del de las llamadas libertades públicas, tal como se regulan en nuestro sistema. De ahí que, cualquier modificación o reforma no podría ser más que parcial, a menos de entrar en contradicción con el marco señalado, a su vez, inserto dentro del político-constitucional del ordenamiento español actual» (11). Pero hoy la situación es distinta de cuando se escribieron esas líneas. El marco político-constitucional está en trance de cambiar. En concreto, el artículo 19 del texto del Anteproyecto constitucional (Informe definitivo de la Ponencia publicado en el número 82 del «B. O. de las Cortes» del día 17 de abril de 1978) reconoce la libertad de expresión y ésta, como hemos dicho más arriba, no tiene realmente operatividad sin la libertad de empresa, aquí y ahora. El artículo 21 del mismo Anteproyecto, por su parte, utilizado analógicamente, reconoce el derecho de asociación estableciendo en el párrafo 3 la obligatoriedad de inscripción de las asociaciones en un registro «a los solos efectos de publicidad», lo que quiere decir que, o mucho se tergiversa este artículo, o no podrá declararse la cancelación y menos

(8) Vid. J. SALAS: *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, cit., p. 22.

(9) Véanse los artículos 27 y 28 de la Ley de Prensa y el Decreto 749/1966, de 31 de marzo, que regula la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas.

(10) Cfr. J. SALAS: *Registros...*, cit., pp. 80 y s. No deja de ser significativo, desde el punto de vista de lo que se dice en el texto, que el diario «Madrid» sufrió de 1967 a 1971, 20 expedientes administrativos, dos secuestros y dos suspensiones temporales de cuatro meses cada una. Véase, también, más adelante, lo que dice a propósito de la desviación de poder.

(11) Cfr. *op. cit.*, p. 93

por motivos fútiles y sin consistencia. Es decir, que, por lo que hace a nuestro tema, «es la existencia misma de la institución registral en materia de prensa lo que ha de cuestionarse» (12), y ello, hoy, en coherencia con el planteamiento constitucional que se está llevando a cabo.

Entre tanto la única interpretación coherente del tema, es acudir al criterio de la proporcionalidad, de forma que sólo en los casos realmente graves, en ausencia de requisitos realmente esenciales, se produzca la cancelación como final de una escala en la que, con anterioridad, podían operar sanciones de menor relevancia. Es decir, aplicar a la cancelación registral los principios inherentes a la caducidad de concesiones y autorizaciones, como propugna J. SALAS (13), o los principios inherentes a todas sus normas de policía administrativa, como hace la sentencia aquí estudiada, con expresa referencia al principio de proporcionalidad, de la misma manera que ya hizo la anterior sentencia de 17 de diciembre de 1973 (Revista «Presencia») que inauguró una nueva línea jurisprudencial en la materia.

### III. EL CRITERIO INTERPRETATIVO DE LAS NORMAS DE POLICÍA

Estos planteamientos de identificación material de la cancelación como sanción le van a permitir al Tribunal Supremo recordar una doctrina importante en materia de policía. Así, el considerando 8.º de la sentencia dirá:

Que partiendo del principio de que las normas contenidas en la Ley de Prensa e Imprenta son normas de policía administrativa, como así las califica la Disposición derogatoria única de la propia Ley por lo que la Administración en el ejercicio de las facultades de intervención que dicha Ley le otorga ha de ser congruente con los motivos o fines que las justifiquen, por lo que las medidas o acuerdos que se adopten han de ser los convenientes en relación con los intereses públicos y los privados dignos de protección para, por la valoración conjunta de unos y otros, obtener, tras ponderado juicio, el acuerdo que sea más conveniente, pues todos los acuer-

(12) *Op. cit.*, p. 93.

(13) *Op. cit.*, pp. 85 y ss.

dos de la Administración que limiten de algún modo el ejercicio de los derechos y libertades individuales, una de las cuales es la de expresión de las ideas por medio de impresos, no pueden adolecer de falta de justificación, y, en esta materia de Prensa, y más concretamente en la inscripción de Empresas Periodísticas en el Registro que lleva el Ministerio de Información y Turismo, dicho Departamento no obra con facultades discrecionales sino en virtud de facultades regladas, reglas que obligan tanto a los administrados como a la propia Administración que ha de actuar conforme a las disposiciones establecidas sobre la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas interpretándolas conforme a la doctrina ya sentada por esta Sala en materia de ejercicio de funciones de policía administrativa, por su carácter intervencionista, deben aplicarse las normas con criterio prudentemente restrictivo a fin de no imponer a los particulares más limitaciones en sus derechos que aquellas que exija el bien común, por lo que deberán interpretarse en la forma más adecuada para que su operatividad produzca efectos armoniosos con el sentir del restante ordenamiento jurídico y también con los principios superiores del Derecho...

Aparece aquí de nuevo el principio «favor libertatis» que el Anteproyecto constitucional, recientemente publicado, eleva al más alto rango normativo, ya en su artículo 1.º, al establecer que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto al pluralismo político»; principio que de alguna manera ya estaba explícito en alguna otra norma anterior, en concreto en el artículo 6.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que afirma: «1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen. 2. Si fueren varios los admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual», y que ha recordado, no hace mucho, J. LEGUINA (14) comentando una importante sentencia que, en materia

(14) Vid. su trabajo *Asociaciones y policía*, en «REDA», 6 (1977), pp. 11 y ss., en concreto p. 15.

muy parecida a la que nos ocupa, el derecho de asociación, sienta como criterio general de hermenéutica el de que «las normas que limitan derechos constitucionales deben ser interpretadas restrictivamente» (Sentencia de 21 de noviembre de 1974, Club Amigos de la UNESCO).

Y ello no puede ser de otra manera en un estado de Derecho que se pretende alzar bajo el postulado del mantenimiento del *contenido esencial* de los derechos y libertades, tomando así prestada una terminología alemana que se ha incorporado también al Anteproyecto constitucional (15). Como muy bien expresaba Herber KRÜGER en frase lapidaria, quizá un poco simplista pero desde luego acertada, la distancia que separa un régimen no democrático de otro que sí lo es puede quedar plasmada en esta expresión: «Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la Ley, hoy la Ley sólo vale en el ámbito de los derechos fundamentales» (16). La Constitución en un Estado de Derecho proclama y reconoce —no crea— un orden de valores que vinculan al legislador y que hallan su manifestación concreta en los derechos y libertades fundamentales en cuanto se configuran como auténticos derechos subjetivos con posibilidad de hacerlos valer ante los Tribunales (17), que se convierten así en la

(15) El artículo 48.1 del Anteproyecto constitucional, en efecto, proclama: «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». El paralelismo con la Ley Fundamental de Bonn es, en efecto, evidente. El artículo 1, párrafo 3, de dicho texto establece: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable», correspondiendo así a la primera parte del artículo 48, 1, de nuestro Anteproyecto. La segunda parte es paralela al artículo 19, párrafo 2, de la *Grundgesetz*, que dispone: «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial».

Interesa destacar también que el Anteproyecto español, en concordancia con su artículo 48, 1, prohíbe expresamente que por Decreto-ley se afecte a los derechos y libertades de los ciudadanos, salvo las facultades gubernativas previstas en los artículos 50, 108 y Ley Orgánica, que regule los estados de alarma, excepción y sitio.

(16) Vid. H. KRÜGER: *Grundgeset und Kartellgesetzgebung*, 1950, p. 12, citado por Otto BACHOF en su discurso rectoral en la Universidad de Tübinga de mayo de 1959, publicado bajo el título *Grundgesetz und Richtermacht* y traducido al castellano con el rótulo *Jueces y Constitución*, Madrid, 1963, p. 30. La cita había sido recordada también por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en la larga reseña que dedicó al trabajo original de BACHOF en la «Revista de Estudios Políticos» número 105 (1959), en concreto p. 296.

(17) Sobre este punto es enormemente útil consultar el importante trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre los derechos públicos subjetivos*, en «REDA», 6 (1975), pp. 427 y ss., luego incorporado al tomo II del *Curso de Derecho administrativo*, publicado en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ, Madrid, 1977, pp. 34 y ss. El tema concreto de las libertades públicas como derechos subjetivos es analiza-

auténtica fortaleza y órgano decisivo para la protección de esos derechos. Postulado esencial de esa orientación es el principio *favor libertatis* que obliga a interpretar restrictivamente las Leyes que de alguna manera limiten o restrinjan el ejercicio de esos derechos; principio que halla su verdadero valor no en el momento de su enunciación —constitucional o no—, sino en la hora de su aplicación, de su reconocimiento por los jueces. Y en ello radica precisamente el enorme atractivo del trabajo de Otto BACHOF más arriba citado, al poner el acento en papel del juez (18) en una sociedad democrática como órgano de concreción del orden de valores que necesariamente se manifiestan como un haz de conceptos jurídicos indeterminados (19).

Por eso, en un momento como el actual en que en nuestro país preocupan estos temas, bueno será decir que son necesarias, sí, las declaraciones constitucionales e incluso la adaptación o la incorporación a nuestro Ordenamiento de los Pactos de Derechos Humanos suscritos por España, prescindiendo ahora conscientemente de la polémica que opone a administrativistas e internacionalistas en relación con el valor formal que deben tener en la Constitución los Tratados Internacionales válidamente suscritos. Pero no bastan las declaraciones, con ser importantes, puesto que aún sin ellas una jurisprudencia atenta puede hacer valer por vía de innovación y creación los principios generales inherentes al Ordenamiento y la Sociedad del momento. El ejemplo francés es aleccionador en este sentido. La garantía constitucional de los derechos y la sucesión de textos quizá expliquen

---

do en las pp. 55 y ss de esta última obra. La calificación de las libertades públicas como derechos públicos subjetivos se manifiesta también en el proyecto de Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, publicado en el «BOC» de 11 de febrero de 1977, y más atrás citado en nota 6.

(18) El creciente peso del juez en la vida pública viene siendo cada vez más destacado por los autores. Entre otros muchos, puede verse, muy recientemente, Marcello CAPURSO: *I giudici della Repubblica*, Milán, 1977. Una reseña de Giuseppe CATALDI a este libro en «Rivista Trimestrale di Scienza della Amministrazione», julio-septiembre 1977, 3, pp. 509 y ss.

Sobre la función creadora del juez en el mundo jurídico, el *Estudio preliminar* de Elías DÍAZ a la edición española del libro de R. TREVES *El juez y la sociedad*, Madrid, 1974, p. 11, recogida también en su reciente libro *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, p. 42.

(19) Sin entrar en el tema, dos remisiones parecen imprescindibles, a propósito de esta problemática. Véase, pues, por todos, el, por muchos conceptos, modélico trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, del que está tomada la cita que sirve de pórtico a estas páginas, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo*, en esta REVISTA núm. 38 (1962), pp. 159-205, luego publicado separadamente en «Cuadernos Civitas», Madrid, 1974; y también el importante y sugestivo libro de F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, que, precisamente, está dedicado al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

la doctrina de los principios generales del Derecho esgrimidos por el Consejo de Estado y que tanto juego han dado, como se sabe, en el vecino país. Declaraciones, sí, pero también procedimientos, medios, instrumentos de acción en la vía constitucional y en la vía judicial ordinaria (20), creando una justicia constitucional vigorosa y dinamizando el contencioso-administrativo con su agilización técnica en cuanto a rapidez y en cuanto a la superación de la jurisdicción revisora. Pero aún hace falta algo más. En el tema de la aplicación práctica y concreta de los principios inherentes a un Estado de Derecho hace falta también un clima, un talante, porque si es cierto que la lucha por el *Derecho*, en el más noble sentido de la palabra, es más una tendencia, un no-es-todavía, que un hecho ya dado, algo más dinámico que estático, también es cierto el dato de que, como ha dicho J. RIVERO, «sólo en los países libres se puede uno quejar libremente de las limitaciones de la libertad», es decir, que, siguiendo al profesor francés, «textos y procedimientos son necesarios, pero no suficientes. Allí donde no se reúnen las condiciones políticas, económicas y sociales que aseguren el juego efectivo de los instrumentos jurídicos, éstos, solos, no pueden hacer vivir la libertad. Es necesario otra cosa: la aspiración del pueblo, servido por la voluntad de los gobernantes. Esto no depende en absoluto de los juristas. A éstos les corresponde, y no es poca responsabilidad, perfeccionar los instrumentos sin los cuales los derechos del hombre, incluso oficialmente proclamados, corren el riesgo de permanecer en la esfera de los ideales en lugar de encarnarse en la vida de los hombres libres» (21).

---

(20) En este mismo sentido se expresa la exposición de motivos del proyecto de Ley, ya citado, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, al decir: «El reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales de la persona constituye elemento esencial e indispensable del Estado de Derecho. La efectividad del reconocimiento exige no sólo una adecuada declaración de los derechos, sino muy especialmente una protección jurisdiccional inmediata y apropiada, sin la cual las declaraciones no llegan a convertirse en realidad.»

Y en la misma línea apunta también el artículo 48.2 del Anteproyecto constitucional: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y sección primera del capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional», recurso este último que, como ya ha sido destacado, tenía sentido cuando gran parte de la actividad administrativa estaba vedada al contencioso-administrativo, pero que puede ser una redundancia sin demasiado fundamento con un contencioso-administrativo amplio, de fácil acceso y rápida solución.

(21) Vid. J. RIVERO: *Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en Droit français (IXèmes journées juridiques franco-latino-américaines)*, Bayonne, mayo 1978, p. 23.

Pero volvamos al supuesto concreto que nos ocupa. El criterio de interpretación de las normas de policía a que me he referido más atrás aparece también en otros Considerandos de la Sentencia comentada. Así, en el Considerando 7.º, se afirma, en relación a la libertad de financiación de las Empresas Periodísticas, que

«la Administración ha de constreñirse a comprobar si concurren las circunstancias exigidas en la Ley, al margen de cualquier apreciación de conveniencia o de oportunidad, por lo que su actividad es «reglada» tanto para la denegación como para la cancelación, como así lo recoge de una manera expresa el artículo 9.º del Decreto 749/1966, cuando dice: Que "la inscripción sólo podrá denegarse por las causas determinadas en el artículo 29 de la Ley de Prensa e Imprenta", lo que implica que tampoco cabe hacer una interpretación analógica o extensiva del artículo 29 de la Ley, al tratarse de una actividad regulada y los trascendentales efectos que una cancelación lleva consigo, atendido, además, el principio de congruencia y proporcionalidad que deben presidir el ejercicio de cualquier potestad de policía administrativa, y como consecuencia de este carácter y finalidad del Registro los interesados cumplirán con la aportación de los datos y circunstancias impuestas en los artículos 27, 28 y 29 de la Ley, y sus concordantes del Decreto 749/1966, y una vez proporcionados los datos exigidos y concedida que sea la inscripción por acuerdo motivado, sólo por posterior alteración o inexactitud, evidente entre los datos declarados en el expediente y los reales realizados por la Empresa, a partir de su inscripción, tendrá lugar o podrá nacer el supuesto de cancelación del apartado 2.º del número 1.º del artículo 29 de la Ley de Prensa, es decir, sólo cuando se compruebe que si la Administración hubiera conocido en su día, en lo que al elemento "capital social", por lo que al caso se refiere, por ejemplo que se había ampliado el capital de la Empresa superlativamente, en relación al declarado porque sólo entonces afecta de una manera importante al elemento estructural del plan financiero objeto de la inscripción originaria».

y en ese mismo criterio inspira la declaración de intrascendencia de la no presentación de una escritura pública sobre inscripción y desembolso de ciertas acciones,

porque el contenido de dicha escritura no altera ni modifica los datos que ya habían sido aportados al Registro en el expediente de inscripción sobre el capital social de la Empresa «Faces» y la titularidad de las acciones, lo único que por esa escritura se pone de manifiesto, como así se recoge en la propia Resolución de la Dirección General de Prensa de 25 de octubre de 1971, es la existencia de 402 acciones de «Faces», cuya titularidad no constaba, pero que se justifica al estar acreditado que en aquella fecha continuaban sin suscribir por estar sometidas a la medida cautelar acordada por el Juzgado de la suspensión de la suscripción, medida que no fue levantada hasta el 17 de noviembre de 1971, fecha en que la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia de este territorio revocó el auto del Juzgado que había acordado la suspensión de los derechos políticos de las acciones de «Faces» números 14.649 a 48.000, aparte que la falta de determinar en los datos del Registro 402 acciones sobre un total de 48.000, que representaban capital social de «Faces», ningún cambio sustancial podía determinar (Considerando 8.º),

insistiendo poco después en que:

la cancelación sólo puede decretarse por causa grave que impida a la Administración conocer la auténtica y real estructura de la Empresa para salvaguardar el interés público, que es la finalidad del control de policía, pero no para proteger derechos e intereses privados (Considerando 8.º),

para acabar rechazando, en el Considerando 10, que se trate de una «divergencia o discrepancia fundamental», «contradicción esencial» o que afecte a «los datos esenciales», razón por la cual declara no conformes a derecho las resoluciones impugnadas.

IV. LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE AFECTAN  
AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS

El tema de la suspensión de los actos administrativos que inciden sobre el ejercicio de las libertades públicas no se trata en la Sentencia, naturalmente, pero viene muy claramente a incidir en ella, sobre todo como consecuencia de su pronunciamiento acerca de la anulación de la cancelación en el Registro de Empresas Periodísticas. El hecho de que, varios años después de producirse la cancelación registral, se levante la misma por una Sentencia cuando ya se ha producido toda una larga cadena de daños, perjuicios y trastornos, obliga a reflexionar sobre el sentido de la validez de las instituciones jurídicas que nuestro Ordenamiento prevé en evitación de tales consecuencias. Es decir, plantea, por omisión, el tema de la suspensión de los actos administrativos en vía de recurso.

Institución, ciertamente, de uso delicado y prudente que, al demorar la eficacia de los actos administrativos, exige equilibrar y cohonestar, en su aplicación, la justicia y la eficacia administrativa, como han puesto de relieve reiteradamente los autores que se han ocupado del tema (22), la suspensión se orienta a asegurar la integridad del objeto del litigio ante la posible futura anulación del acto: previsión siempre importante, pero que halla su verdadero sentido y razón de ser en aquellos casos en que por la naturaleza de la actividad a que se refiera el acto administrativo o por las exigencias temporales del mismo la garantía del recurso puede resultar inútil si el acto se ejecuta, sin que sean suficientes, ni posibles muchas veces, los sustitutivos económicos posteriores. Esta es, por lo demás, la idea plasmada en el vigente artículo 122 de la LJ cuando establece que «procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reper-

---

(22) Cfr. C. MARTÍN-RETORTILLO: *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1963, p. 54; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Suspensión de los acuerdos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, en esta REVISTA, núm. 23 (1957), p. 180; el mismo autor, más recientemente, en *La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo*, «REDA» 5 (1975), p. 248, y en sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, p. 1343, o, como muy gráficamente apuntan E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1975, p. 380: «para conseguir un cierto equilibrio entre los dos principios encontrados (la garantía del interés público y el derecho a una efectiva defensa del particular) la Ley ha previsto una excepción a la regla general» (de la eficacia del acto).

cusión imposible o difícil», precepto semejante a lo dispuesto también en los artículos 34 LRJ y 116 LPA.

Aun contando con la rigidez de que ha hecho gala el Tribunal Supremo a la hora de aplicar este artículo, conviene señalar también cómo el mismo enunciado de la ley, «perjuicios de reparación imposible o *difícil*», se inscribe en una línea de apertura y de mayor amplitud que lo anteriormente dispuesto, línea que ya iniciara en su día el Estatuto Municipal. En efecto, en la Ley jurisdiccional de 1888, tanto en el proyecto que estuvo en su origen como en el texto de la propia ley, únicamente se admitía la suspensión «cuando la ejecución pueda ocasionar daños *irreparables*» (art. 100) (23). El propio SANTAMARÍA DE PAREDES, al referirse al tema, en su discurso ante el Congreso, decía que el problema de la suspensión «se ha resuelto casi constantemente por la Administración y por el Consejo de Estado en sentido negativo» (24).

Frente a los daños irreparables, el artículo 261 del Estatuto Municipal preceptuaba que la suspensión «será acordada cuando sea necesaria para evitar *grave* perjuicio de reparación imposible o *difícil*», criterio cuantitativo y de relevancia (25), que ha desaparecido en la regulación vigente, pero que significaba un avance al introducir el criterio de la reparación *difícil*.

Con todo, a pesar de esta evolución, la interpretación de los Tribunales del artículo 122 LJ ha sido muy rígida, como han puesto de relieve la mayor parte de los autores, y no se corresponde con las posibilidades que ofrecía el nuevo texto jurisdiccional. Las consecuencias de esta rigidez, cuando se trata de actos administrativos que inciden sobre las libertades o sobre actividades que tienen unas exigencias temporales concretas, son triples: la garantía del recurso queda en entredicho; la ruptura del equilibrio a que antes me refería entre justicia y eficacia, entre garantía y prerrogativa, es manifiesta, y, finalmente,

(23) En mi libro *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1975, he seguido la evolución del que sería artículo 100 de la Ley, artículo que fue aprobado con rara unanimidad y que no sufriría a lo largo de los debates transformaciones notables. Así, pueden verse, a este propósito, fundamentalmente, las pp. 121 y 208 del libro citado. Las diversas redacciones de este artículo pueden verse también en p. 512 (art. 85 del proyecto de los notables de 1881); p. 403 (art. 68 del proyecto Sagasta de 1886, origen de la Ley); p. 425 (art. 76 del Dictamen de la Comisión del Congreso); p. 451 (art. 100 del Dictamen de la Comisión del Senado) y p. 477 (art. 100 de la Ley).

(24) V. L. MARTÍN REBOLLO: *El proceso...*, p. 587.

(25) Esta es la interpretación que hace C. MARTÍN-RETORTILLO en su libro *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo contencioso-administrativo*, cit., p. 77.

las consecuencias en el orden de la responsabilidad civil son graves, no sólo porque nunca se pueden compensar suficientemente los perjuicios de otra índole en caso de declararse la nulidad de la actuación administrativa, sino porque se grava innecesariamente al Tesoro público por la inaplicación de una técnica, la de la suspensión, que adquiere todo su sentido en las materias propias del derecho sancionador (26), sobre todo teniendo en cuenta que esta técnica es meramente precautoria y desde luego, a pesar de las reticencias en este sentido de algunos comentaristas, «no atañe en absoluto, ni prejuzga la suerte del recurso, a la que va ligada indisolublemente, la de la suspensión» según afirma el Auto de 19 de septiembre de 1973 de la Audiencia Territorial de Valladolid (27). Tal es lo que sucede en este caso con la cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas, cuya ejecución inmediata comportó, al margen de perjuicios económicos de considerable cuantía (pérdidas por contratos y suministros firmes, obligaciones salariales que obligaron a la venta del edificio, máquinas y talleres, ganancias dejadas de obtener por publicidad y ventas..., que, bien se ve, son difícilmente evaluables), otros perjuicios de índole social, como la ausencia obligada de algo tan significativo como un órgano de opinión en una coyuntura social y política especialmente importante para la historia reciente de nuestro país.

Se ha destacado el carácter excepcional con que el Tribunal Supremo cataloga la técnica suspensiva acudiendo, muy frecuentemente, al criterio de la posibilidad de valoración económica posterior del eventual daño para denegar, en ese caso, la suspensión solicitada, de forma que sólo cuando el daño no es susceptible de valoración económica se le considera incluido en lo que el artículo 122 LJ denomina «perjuicios de reparación imposible o difícil» y, aun en estos casos, se exige prueba

---

(26) Cfr. L. COSCULLUELA: *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, en «REDA» 1 (1974), p. 145.

(27) Se trata del segundo de los autos de esta Audiencia que comenta L. COSCULLUELA en su trabajo *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, cit., y que contemplan la suspensión de un acuerdo del Rectorado de la Universidad de Valladolid, prohibiendo a un estudiante matricularse como alumno libre, prohibición que origina la suspensión, por tratarse, según la plausible opinión de la Sala, de una medida que puede ocasionar al recurrente daños de difícil reparación que no sólo afectan al aspecto patrimonial, eventualmente indemnizable, sino también «a una serie de perspectivas profesionales del interesado (...) que atañen estrictamente a órdenes sociales cuya restauración, caso de que la medida disciplinaria hubiera de anularse, resultaría a la postre imposible».

evidente de ello (28). A pesar de que se haya observado una menor rigidez en la última jurisprudencia (29), no por ello pierden sentido las críticas a tal corriente jurisprudencial, todavía suficientemente

(28) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, p. 1352; GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 2.ª edic., Madrid, 1975, p. 380, y t. II, Madrid, 1977, pgs. 530 y ss.

(29) L. COSCULLUELA afirma que «la jurisprudencia parece haberse mostrado ya más generosa en el otorgamiento de la suspensión solicitada» en algunos supuestos del Derecho sancionador (*Suspensión de la ejecución...*, cit., p. 145) y, por su parte, J. GONZÁLEZ PÉREZ constata también esa menor rigidez, destacando cómo «resulta menos anómala la suspensión sobre todo cuando el acto objeto de impugnación no emana del Estado» (*Comentario a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., p. 1050, y *La suspensión de ejecución del acto objeto del recurso contencioso-administrativo*, en «REDA» 5, p. 254). Por cierto, esta última observación no deja de resultar un tanto sorprendente, porque cabe preguntarse: ¿es que los actos administrativos de las Corporaciones Locales ocasionan más daños de reparación imposible o difícil?, ¿es que la ejecución de los actos de estas Administraciones Públicas tienen en sí mismas un potencial de más gravosa incidencia sobre los administrados, en el caso de llevarse a cabo su ejecución? o, por el contrario, ¿es que existe una mayor complacencia y actitud de respeto para con las decisiones de la Administración Central del Estado? Digo esto porque el fenómeno lo he observado yo mismo en un sector diferente, en el que estoy actualmente trabajando. Me refiero al tema de las costas procesales. Es sabido que, en virtud de la redacción del artículo 131 LJ, no es muy frecuente en la jurisdicción contencioso-administrativa la condena en costas a los litigantes y menos frecuente aún la condena en costas a la Administración. Pues bien, en el trabajo a que antes me refería, aún inédito, titulado precisamente *La condena en costas en lo contencioso-administrativo. Especial referencia a la condena en costas a la Administración*, se destaca cómo de los escasos supuestos en que se produce esa condena la mayor parte de las veces corresponde a la Administración Local, tanto en los casos en que aquélla se pronuncia en primera instancia por las Audiencias Territoriales, como en los supuestos de condena por parte del Tribunal Supremo. Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1961 (Arz. 2258), condena al Ayuntamiento de Valencia; 14 de abril de 1962 (Arz. 1729), al Ayuntamiento de Granada; 14 de marzo de 1966 (Arz. 1498), en primera instancia, al Ayuntamiento de Laracha (La Coruña); 15 de junio de 1966 (Arz. 3301), al Ayuntamiento de Gijón; 24 de enero de 1969 (Arz. 328), al Ayuntamiento de Miranda de Ebro, en ambas instancias; 7 de febrero de 1969 (Arz. 511), al Ayuntamiento de Madrid; 19 de diciembre de 1972 (Arz. 5348), al Ayuntamiento de Pamplona en primera instancia; 11 de octubre de 1974 (Arz. 4411), al Ayuntamiento de Madrid... Entre las de las Audiencias, a título de ejemplo, sentencias de 13 de mayo de 1973 de la Sala de Las Palmas, que condena al Ayuntamiento de Telde, o las de la Sala de Vizcaya de 1 de abril de 1974 y 3 de julio de 1974, que condenan, respectivamente, a los Ayuntamientos de Guecho y Santurce. Por el contrario, en veinte años de vigencia de la Ley Jurisdiccional apenas si se encuentran sentencias que condenen en costas a la Administración del Estado; en una primera aproximación sólo he encontrado tres: la sentencia de 11 de octubre de 1967 (Arz. 3793), que confirma la condena en primera instancia; la de 2 de febrero de 1968 (Arz. 1610), que, en idéntico sentido, confirma la primitiva condena a la Comisión Provincial de Urbanismo de Santander (esta sentencia ya la he comentado en mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, cit., pp. 68 y ss., destacando allí los interesantes antecedentes que llevaron al Tribunal a tal pronunciamiento), y la sentencia de 14 de marzo de 1968 (Arz. 1811), que condena al Ministerio de Agricultura. Pues bien, ante esta constatación cabe también preguntarse, ¿es que las Corporaciones locales sostienen

arraigada, y de la que es buena muestra el Auto del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1975, que denegaba la petición de suspender los efectos de la Orden ministerial de 8 de febrero de 1975, que clausuró diversas Facultades de la Universidad de Valladolid durante el curso 1974-75, en base a los siguientes argumentos:

... la ejecución de la Orden ministerial referida no lleva consigo daños irreparables porque la cancelación del curso académico sólo implica la consiguiente pérdida de matrícula, de fácil reparación económica por no suponer más que el abono del importe de nuevas tasas académicas; la suspensión de todas las funciones docentes sólo origina el perjuicio de no recibir enseñanza dentro de los Centros Universitarios de Valladolid, que puede repararse con sólo un mayor esfuerzo en el estudio por los propios alumnos que pueden vencer y suplir con su trabajo personal y con asistencia docente fuera de los claustros de la Universidad y, finalmente, la suspensión de la función examinadora hasta el comienzo del curso 1975-1976, que llevará consigo la pérdida íntegra de un año académico, medida que será la única que por sus efectos y generalidad con que fue adoptada derivarían en perjuicios que por su naturaleza serían de imposible o difícil evaluación económica, pero estos daños generales de imposible reparación económica para el alumnado, que implicaría la pérdida de un año académico completo, no se han llegado a producir, en mérito de la posterior resolución del propio ministerio aprobada en Consejo de Ministros con fecha de 9 de mayo del presente año, autorizando a las expresadas Facultades de la Universidad de Valladolid a la celebración de exámenes co-

---

sus acciones y recursos con mucha más temeridad y mala fe (art. 131 LJ) que la Administración del Estado?, ¿es que los Ayuntamientos, al mantener sus actos administrativos, lo hacen con peor fe que la Administración del Estado al defender los suyos?, o ¿es que también aquí puede detectarse una mayor complacencia y respeto para con las actuaciones de la Administración del Estado?, ¿no es éste, en cierto modo, un criterio centralizador que salta y salpica también a la Administración de Justicia? No lo sé, pero, en todo caso, los datos ahí están y creo que son suficientemente reveladores.

A esta actitud de respeto para con la Administración del Estado en el tema de las costas se refiere también, criticándola, J. GONZÁLEZ PÉREZ en sus *Comentarios a la Ley de jurisdicción...*, cit., p. 1437, citando asimismo la sentencia de 14 de marzo de 1969 como un ejemplo aislado.

rrespondientes a la convocatoria de septiembre de 1975, así como la autorización al Rectorado para que a su vez autorice la impartición de aquellas clases de carácter práctico que sean absolutamente imprescindibles para poder realizar los exámenes, prolongando el período lectivo en la medida necesaria, por lo que al quedar modificada en estos términos la Orden recurrida, ya no cabe hablar de pérdida del año académico, puesto que la Orden cuya ejecución se pide la suspensión ya no produce el efecto de la pérdida del año académico, por falta de exámenes, por lo que el perjuicio a los alumnos ya no es irreparable... (30).

Por el contrario, frente a criterios de reparación económica, debe postularse la suspensión siempre que «la reparación *in natura* sea imposible o, al menos, difícil» (31), siempre que la posible y posterior evaluación económica ofrezca dificultades o, aun no ofreciéndolas, sea mucho más gravosa la reparación que la no ejecución (32), entendiéndose por gravoso no sólo los aspectos estrictamente económicos, sino la relación defensa del interés público - perjuicios añadidos al recurrente previendo una eventual anulación del acto, y ello porque aun admitiendo que la decisión en estos supuestos es enormemente casuística, como recordó tempranamente J. TRUJILLO, la propia LJ da la pauta en su exposición de motivos cuando dice:

Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, *no*

(30) Tomo la referencia, que traigo aquí como contrapunto del Auto citado en la nota 25 y por tratarse de un supuesto que tiene su origen en la misma ciudad donde se desarrollaron los hechos antes relatados, de R. SASTRE LEGIDO, *La suspensión de los efectos del acto administrativo objeto de recurso*, en esta REVISTA número 79 (1976), pp. 249 s., trabajo que se refiere a la alegación de nulidad de pleno derecho como fundamento de la suspensión cuya contemplación en el texto del artículo 116 LPA contrasta con su ausencia en la LJ.

(31) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, t. 1, 2.ª edic., Madrid, 1975, p. 380.

(32) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., p. 1354, y también sus *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977, p. 750.

*cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente* (33).

Es precisamente en las materias que afectan al derecho sancionador—y ya hemos visto cómo la Sentencia califica de sanción a la cancelación, aunque no esté formalmente configurada como tal—, en estas materias, digo, que no necesariamente se refieren a sanciones económicas, sino que pueden configurarse como prohibiciones de obrar, privación, temporal o no, de autorizaciones y derechos, denegación de actividades, etc., es donde más destaca e importa la reparación *in natura*, donde además normalmente el interés público queda salvaguardado sin necesidad de la eficacia inmediata del acto sancionador, demorándola únicamente a un momento posterior, el de la Sentencia, que habrá de procurar que sea, desde luego, rápida y urgente para no retrasar por mucho tiempo el resultado final del proceso al que la suspensión sirve de medida provisional y cautelar. Y es que, en efecto, la introducción de un proceso simplificado y sumario en estas materias es el complemento necesario de la suspensión de los actos administrativos, como posibilidad que ofrece nuestro Derecho, sin necesidad de incorporar otras técnicas desconocidas entre nosotros. La reparación *a posteriori* que, sola, implica desconocer las exigencias concretas, cronológicas e inaplazables de las libertades (34), quedaría como solución de reserva para los casos en que el interés público prevalente exigiera, de forma indiscutible y necesaria, el cumplimiento del acto administrativo cuya suspensión se solicita.

A todo este cúmulo de posibilidades y necesarios postulados parece que se va a dar respuesta adecuada, y no por vía de una interpretación jurisprudencial posible, sino, como ha sucedido ya en otros sectores de nuestro ordenamiento, por vía legislativa. En efecto, el proyecto de Ley de 7 de febrero de 1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, prevé, como ya nos consta, un procedimiento abreviado cuyas características más destacadas se han señalado más atrás por nota. Pues bien, la gran no-

(33) Vid. J. TRUJILLO en TRUJILLO-QUINTANA-BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, t. II, Madrid, 1965, p. 828. En idéntico sentido, también, GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., t. I, p. 380, y t. II, pgs. 529 y ss.

(34) L. MARTÍN-RETORTILLO: «La libertad ante el contencioso-administrativo», en su libro *El vía crucis de las libertades públicas*, cit., p. 84.

vedad en el tema que nos ocupa es que en ese proceso, en el ámbito de las materias a las que se refiere dicho proyecto (35), se generaliza la suspensión de los actos administrativos, que de ser una excepción, pasa a convertirse en regla general. El artículo 8.º, párrafos 2 a 4, del repetido proyecto de Ley establece en efecto:

2. En el mismo escrito de formalización del recurso contencioso-administrativo o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado.

3. De esta solicitud, y en pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal (36) y al abogado del Es-

---

(35) El artículo 1.2 del proyecto queda redactado así: «Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público». La D. F. prevé la ampliación del ámbito de esta Ley, que es provisional hasta que se regule el procedimiento jurisdiccional de tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, al resto de las libertades y derechos que el texto constitucional reconozca una vez aprobado.

(36) La alusión al Ministerio Fiscal parece una innovación de bulto que merecía la pena justificar en la Exposición de motivos. Porque en la actualidad la representación y defensa de la Administración en el proceso contencioso-administrativo corresponde al abogado del Estado, único al que hay que oír en los supuestos de suspensión (art. 123,2 LJ), igual que en la Ley de 1888 había que oír al Fiscal del Tribunal de lo Contencioso-administrativo (art. 100) que era quien tenía atribuida la representación de la Administración en aquel texto legal. Pero nunca se había dado esta doble audiencia que es ajena a la tradición del contencioso-administrativo y que viene a duplicar un trámite de manera innecesaria, pues siendo el Abogado del Estado el representante de la Administración será a través suyo cómo la Administración hará saber al Tribunal sus propios puntos de vista. La innovación quizá se explicaría si el Fiscal se configurara como un representante de la Sociedad, pero no parece que esa sea la idea que preside la conformación del mismo en el Anteproyecto constitucional. El artículo 118, en efecto, establece en su párrafo primero: «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». Si este párrafo pudiera inducir a confusión, el párrafo segundo del mismo artículo especifica más: «2. El Ministerio Fiscal es también el órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la Administración de Justicia, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad». Este precepto, que fue adoptado por la Ponencia constitucional con la oposición de varios Grupos Parlamentarios, insiste en la configuración del Ministerio Fiscal como «órgano de relación» Gobierno-Tribunales. Pues bien, en el proceso contencioso-administrativo el Gobierno tiene su propio y específico representante, el Abogado del Estado, por lo que parece superflua esta duplicación de audiencias que, por lo expuesto, nos inclina a propiciar su supresión.

tado, y se requerirá al órgano del que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión.

4. Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior, o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualesquiera otra naturaleza que pudieran derivarse.

De este artículo se deduce como regla y principio general la suspensión del acto administrativo, que podrá concederse con o sin fianza—otra innovación importante, pues los Tribunales solían interpretar el artículo 124 LJ de forma imperativa, de manera que si accedían a la suspensión exigían la correspondiente fianza—, siendo la excepción lo que ahora, en la LJ, es la regla, es decir, la ejecución del acto administrativo, ejecución que se llevará a cabo, sin embargo, cuando «se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general» de llevarse a cabo la suspensión, excepción que creo nadie niega ahora tampoco y para cuyos casos, precisamente, queda el remedio posterior de la indemnización oportuna.

Conviene resaltar la importancia de este proyecto, que viene a sentar la solución que entiendo correcta en materia de suspensión de actos administrativos, pero a la que se hubiera podido llegar, y también conviene destacarlo, por vía de una interpretación jurisprudencial firme y decidida. Se llega así a afirmar un principio largamente demandado por nuestra mejor doctrina, que de haber estado en vigor en el momento de la cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas del diario «Madrid», hubiera impedido, sin duda, la cadena de graves perjuicios que a la empresa, a sus trabajadores, a los anunciantes, lectores y, en definitiva, a la libertad de expresión, irrogó la ejecución de la resolución administrativa. Novedad plausible, sin duda, y que destaca más aún si se tiene en cuenta que hace muy poco tiempo el Decreto-ley de 10 de julio de 1975 sobre garantías para el funcionamiento institucional de la Universidad y el Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 sobre prevención del terroris-

mo (37), prohibían expresamente la suspensión de las sanciones impuestas con arreglo a esta normativa, lo que no dejaba de constituir una muestra de recelo y desconfianza hacia el prudente arbitrio y ecuanimidad de los jueces.

Pero sin que ello minusvalore la importancia de este proyecto, conviene también tener presente la Historia, que nos demuestra a veces cómo las más audaces soluciones ya fueron intentadas con anterioridad, cómo los problemas no son de hoy, sino que han sido contemplados por nuestros antepasados con intuición en ocasiones profética, cómo las opiniones y puntos de vista de nuestra más reciente doctrina ya estaban de alguna manera en embrión en actitudes y pronunciamientos pasados. Tal es lo que sucede con el tema de la suspensión de los actos administrativos y con la solución adoptada en el proyecto de Ley gubernamental a que vengo refiriéndome. En efecto, quisiera recordar las soluciones que en este punto se preveían en el Congreso Jurídico Español, que, convocado por la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, se celebró en Madrid del 27 de noviembre al 11 de diciembre de 1886 (38). El tema undécimo de dicho Congreso estaba dedicado íntegramente al contencioso-administrativo y la ponencia correspondiente fue redactada por don José GALLOSTRA, don José MALUQUER DE TIRELL, don Ga-

---

(37) El artículo 5.º del Decreto-ley de 10 de julio de 1975 establecía, respecto de los acuerdos de una Comisión Especial que se creaba para sanciones disciplinarias: «Los acuerdos emanados de la Comisión Especial serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo, una vez agotada la vía administrativa, si se hubiesen adoptado con infracción de las normas de procedimiento. En ningún caso podrá suspenderse, sea por resolución administrativa o jurisdiccional, la ejecución de aquellos acuerdos», lo que, al margen de esta insólita prohibición, planteaba también el tema de la reducción de los fundamentos del recurso que sólo podía sostenerse por «infracción de las normas de procedimiento» en contra de lo dispuesto en el artículo 83 LJ («La Sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder»). El artículo 5.º de este Decreto-ley fue derogado por la Disposición Derogatoria del Real Decreto-ley 8/1976, de 16 de junio.

Por su parte, el artículo 19.2 del Decreto-ley de 26 de agosto de 1975, en relación con los secuestros de publicaciones y suspensión de actividades profesionales, decía: «Contra los acuerdos que impongan las referidas medidas podrá acudir en súplica ante el Consejo de Ministros y contra la resolución de éste podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin suspensión de la ejecutoriedad del acuerdo». Este artículo también fue derogado por la Disposición Derogatoria del Real Decreto-ley de 18 de febrero de 1976.

(38) Una visión general del mismo en R. SÁNCHEZ DE OCAÑA: *Congreso Jurídico Español de 1886. Relación de trabajos realizados por el mismo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. 63 (1886), pp. 435-47 y 565-665, con resúmenes de las intervenciones más importantes.

briel RODRÍGUEZ y don Enrique UCELAY (39). Pues bien, la conclusión séptima de dicha ponencia rezaba así: «En orden al procedimiento (...). Los puntos a que principalmente debe dirigirse la reforma son: (...) *segundo*, la suspensión de la resolución gubernativa contra la cual se incoa la demanda salvo en los casos de manifiesto interés público», conclusión que en el cuerpo principal de la ponencia se razonaba así: «Aunque la Ley resultara casuística, aconsejan los principios de justicia y el concepto que hemos dado de esa revisión suprema, esencia de lo contencioso-administrativo, que se distingan los casos y se suspenda el llevar a efecto las providencias gubernativas contra las cuales se incoó el recurso, con la excepción que han consignado otras Leyes extranjeras (art. 7.º Ley de 20 de marzo de 1865 sobre esta materia en Italia), cuando se trate de un servicio de carácter público y urgente o de evitar un perjuicio irreparable» (40).

Teniendo presente las soluciones que se pretenden adoptar en la actualidad, no deja de ser significativo que noventa y tantos años antes se planteara la misma cuestión y se propugnara ya una solución que contrasta con la adoptada luego, pero que se inscribe en la línea del reciente proyecto de Ley, ya citado; solución que, en efecto, no fue aceptada, pero que es, sin embargo, una muestra palpable de cómo este problema preocupaba ya entonces, aun cuando la actividad represiva y sancionatoria de la Administración, que es, junto a las medidas de alcance temporal, donde se plantea la cuestión de la suspensión de los actos administrativos de forma más acuciante, no había adquirido la amplitud y la importancia que actualmente tiene.

#### V. LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

He dicho más atrás que para los casos en que la Administración no suspendió la eficacia del acto administrativo y al particular se le causan unos daños evaluables económicamente e individualizados (como prevé el artículo 40, 2, de la LRJ) precisamente por la ejecu-

---

(39) Para un análisis global de la ponencia que, en líneas generales, adoptaba tesis que provenían de las filas liberales, véase mi libro, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, cit., páginas 89 y ss.

(40) El texto en L. MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración...* cit., p. 588. Las conclusiones citadas, en pp. 593 y ss.

ción de un acto declarado luego nulo por el Tribunal, la garantía no puede ser más que la indemnización pecuniaria; garantía que, por sus limitaciones, se pretende evitar, precisamente, mediante la técnica de la suspensión que acabamos de analizar hace un momento. Esto parece evidente siempre y cuando, como es lógico, se prueben los daños producidos, y éstos sean de las características señaladas, lo que excluye una práctica de los tribunales, no del todo infrecuente, consistente en acudir al inciso del artículo 40, 2, de la LRJ, que afirma que «la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización», advertencia que, como he señalado en otro lugar (41), es redundante y ociosa, puesto que lo definitivo y relevante en nuestro sistema de responsabilidad patrimonial es, con independencia de que se haya o no anulado un acto administrativo, «la efectiva realidad de un daño evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, (...); que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva (42) de causa a efecto; que no se haya producido por causa de fuerza mayor y que no haya caducado la reclamación...» [Sentencia de 12 de marzo de 1973 (Arz. 1.141), entre otras, como la de 17 de enero de 1975 (Arz. 4), del mismo tenor literal.

Marginado ahora el análisis de los problemas derivados de las causas de imputación, el tema queda reducido a la valoración de esa indemnización obligada, a su cuantía. Precisamente porque su evaluación concreta no es fácil, cuando de actos administrativos relacionados con las libertades públicas se trata, es por lo que se impone la suspensión y la aplicación del artículo 122 LJ. Pero, enfrentados ya con el tema *a posteriori*, creo que lo correcto es acudir al concepto de reparación y restitución que reponga al dañado integralmente del despojo sufrido, en cuanto sea posible, dado que la re-

---

(41) Sobre la constatación de esta práctica puede verse mi libro *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, cit., pp. 50-58.

(42) Y aún esto con matices, dado que el Tribunal Supremo ya ha admitido, en alguna Sentencia, la causa indirecta, mediata y concurrente. *Vid.* a este respecto, A. NIETO: *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, en «REDA» número 4 (1975), pp. 90 y ss., y una referencia al tema, también, en mi libro, ya citado, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, p. 165, y en mi trabajo *Medio Ambiente y responsabilidad de la Administración*, en «REDA» núm. 11 (1976), página 651, luego publicado también en *La tutela dell'ambiente con particolare riferimento ai centri storici (Atti del convegno tenuto a Firenze 28-31 ottobre 1976)*, Varese, 1977, pp. 173-193, en especial pp. 190 y s.

paración *in natura* será, en estos casos, muy difícil, si no imposible. Ello nos lleva a postular, para estos supuestos, una indemnización que no sólo cubra el daño emergente, sino también el lucro cesante y aun los daños morales. No voy a repetir ahora las razones existentes para la inclusión de los daños morales que una jurisprudencia rígida y uniforme se ha negado sistemáticamente a admitir, aunque muy recientemente haya ya alguna muestra aislada de su aceptación por la jurisprudencia contencioso-administrativa, ya que en la penal y civil estaban hace tiempo admitidos. La brecha abierta por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 21 de enero de 1972, cuidadosamente cerrada por el Tribunal Supremo, al conocer en apelación de la misma, en Sentencia de 12 de marzo de 1975 (Arz. 1.798), al marginar el tema «prescindiendo» de él, acaba de ser ampliada en una muy interesante Sentencia, esta vez del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1977 (Arz. 3.545. Ponente: Señor ROLDÁN MARTÍNEZ) (43), en la que al contemplar un supuesto de indemnización como consecuencia de un accidente de circulación al caer un árbol sobre un vehículo resultando muerta la esposa del recurrente, un hijo de cuatro años y perdiendo también al hijo que esperaban, el Tribunal Supremo tiene ocasión de manifestar en el considerando tercero:

Que la obligación de reparar establecida en la amplia fórmula legal contenida en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración alcanza a toda clase de perjuicios económicamente evaluables que haya sufrido en sus bienes y derechos el perjudicado, es decir, tanto los perjuicios directos como los indirectos, los materiales como los morales, y, aun siendo manifiesto que para estos últimos no existe una regla para establecer la evaluación de los daños morales y poder fijar la cuantía de las indemnizaciones debidas por la muerte de las personas, pero, lo cierto y evidente es que el principio de la responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido en una Ley General y con la técnica de la cláusula general, sin que ésta la condicione o limite a supuestos concretos, por lo que no cabe, en su aplicación,

---

(43) Se trata del mismo ponente que el de la Sentencia que estamos comentando.

seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos concretos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas, sino que debe seguirse o aplicarse el general o común de protección del ciudadano establecido en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, que alcanza o extiende, sin limitación, el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración del Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos.

El avance, pues, es considerable, tratándose también aquí, como en la supradicha sentencia de Granada, de un caso de valoración de la vida, en la que la propia Administración valoró en su Resolución de 5 de junio de 1976 no sólo la vida de la esposa y el hijo de cuatro años, sino también 90.000 pesetas por la muerte del feto. Pero no quiero insistir en este tema de los daños morales, que he tratado con más detenimiento en mi libro sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (44). Quiero únicamente apuntar, como también lo hacía en ese libro al que ahora me remito (45), cómo es bastante útil la referencia a la dogmática penal para tratar de precisar los conceptos de restitución, reparación e indemnización que, contemplados en los artículos 102, 103 y 104 del Código Penal han sido objeto de atención por parte de los penalistas. Pues bien, si el concepto de «lesión» a que se refiere el artículo 40 LRJ es un daño o perjuicio antijurídico, tanto si se acepta la opinión de un sector de la doctrina penal, que considera la noción de daños como correspondiente a la de daño emergente y la de perjuicios a la de lucro cesante, como si se tiene en cuenta aquella otra que identifica los daños con las consecuencias directas del hecho lesivo y los perjuicios con las consecuencias indirectas del mismo, en ambos casos se llega a la conclusión de que debe incluirse, en el montante total de los perjuicios indemnizables, tanto el daño emergente como también el lucro cesante. Pero hay más, porque si otro sector de la doctrina penal entiende aplicable el artículo 103 CP (reparación de daños) a los producidos en las cosas, y el 104 CP (indemnización de perjuicios) a los producidos a las personas, los perjuicios que afecten a los derechos y libertades, en nuestro caso la libertad de expresión, es claro que son daños a las personas y a sus derechos fundamentales

(44) *Vid. La responsabilidad...*, cit., pp. 76-90.

(45) *Ibidem*, en especial, pp. 82 a 88.

como tales personas y, en ese caso, siguiendo a ese sector doctrinal, hay que entender que el concepto de indemnización a que se refiere el artículo 104 CP es más amplio que el de reparación y comprende, desde luego, no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, como lo ha venido entendiendo la jurisprudencia penal; jurisprudencia que, en este punto, y en línea analógica, es trasladable al contencioso-administrativo en una valoración que, en todo caso, dependerá del arbitrio y prudencia del juez en cada supuesto concreto.

El criterio de la valoración del lucro cesante en los perjuicios indemnizables, cuya inclusión evidentemente depende del tipo de daño producido, ha sido postulado también por la más reciente doctrina sobre el tema (46) y por una relativamente abundante jurisprudencia contencioso-administrativa, entre cuyas sentencias se pueden destacar las de 5 de junio de 1972 (*Arz.* 2769); 7 de abril de 1973 (*Arz.* 1616), en la que se afirma que la indemnización debe «cifrarse en forma que no implique enriquecimiento ni empobrecimiento injusto» (Cdo. 2); 8 de mayo de 1974 (*Arz.* 2341); 3 de noviembre de 1975 (*Arz.* 4479, Cdos. 5 y 8); 19 de enero de 1977 (*Arz.* 274, Cdo. 3), y que, con toda corrección, viene a recoger también la sentencia comentada, en cuyo Considerando 11 se sostiene la siguiente doctrina:

Que siendo notorios los daños y perjuicios que, como consecuencia directa de las resoluciones que acordaron la cancelación, se han causado a la empresa «Madrid, Diario de la Noche, S. A.», por el inmediato cierre del periódico llevado a cabo el 25 de noviembre de 1971 al tener que continuar haciendo frente a la nómina de la plantilla y gastos generales de la empresa hasta la fecha de aprobación del expediente de crisis laboral, con el consiguiente pago de las indemnizaciones laborales, unido a la carencia total de ingresos y al lucro cesante representado por el beneficio que se acredite pudiera haberse obtenido durante todo el tiempo a partir de la cancelación de no producirse el cierre, procede condenar a la Administración a que indemnice los daños y perjui-

(46) *Vid.*, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, t. II, cit., p. 346, con base en el principio general del artículo 1.106 del Código Civil («La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor...»), en el criterio seguido en las indemnizaciones por ocupaciones temporales y en la misma expropiación forzosa.

cios que la orden de cancelación haya podido producir a la empresa «Madrid, Diario de la Noche, S. A.», cuya cuantía habrá de determinarse en trámite de ejecución.

Unicamente se echa en falta una referencia a los daños morales que, aunque hubiera sido de carácter meramente simbólico, importa retener como dato sentimental y valorativo de un daño que, por encima de las consideraciones de orden monetario, apunta a la esencia misma de una libertad básica para nuestra sociedad; daño producido por la Administración al decretar la cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas, luego declarada nula, y cuya efectividad se negó a suspender la propia terquedad de la Administración; suspensión, ya se ha dicho, que hubiera supuesto el mantenimiento de las condiciones íntegras de ejercicio del derecho del administrado, pero que también hubiera ahorrado al erario público, o lo que es lo mismo al dinero público, al dinero de todos, una importante cantidad que deberá ser determinada en período de ejecución de Sentencia (47).

#### VI. LA DESESTIMACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Es sabido que el acto administrativo debe servir a un fin predeterminado —el que, en cada caso, le fije el propio Ordenamiento jurídico— so pena de incurrir en un vicio legal, el de la desviación de poder que el propio artículo 83-3 LJ define como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos fijados por el Ordenamiento jurídico», sean éstos privados o públicos, pero diferentes de los legalmente establecidos. Pues bien, la cancelación de inscripciones en el Registro de Empresas Periodísticas, como ha sido destacado con agudeza por J. SALAS, puede prestarse a la desviación de poder, «al empleo discriminatorio, extremando el celo en el descubrimiento de falta de requisitos o inexactitudes, en unos casos, haciendo, en cambio, en otros la «vista gorda», a pesar de darse las mismas circunstancias» (48). Y es que,

(47) Las noticias de la prensa hablan de una cantidad en torno a los 500 millones de pesetas como indemnización que, de ser cierta, sería la más alta pagada en toda la historia de la responsabilidad patrimonial de la Administración desde su introducción como responsabilidad objetiva en nuestro Derecho hace ya más de veinte años. En el momento de escribir estas líneas —marzo de 1978— al parecer aún no se había ejecutado la Sentencia si se hace caso a una pregunta, en este sentido, formulada por un Director de periódico al Ministro de Justicia durante una rueda informativa de este último ante las cámaras de TVE y que fue emitida el pasado mes de febrero.

(48) Vid. J. SALAS: *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, cit., p. 92.

como recuerda Alfonso NIETO, «la sanción impuesta por incumplimiento de un requisito formal siempre tiene menos eco ante la opinión pública que la referida a aspectos ideológicos» (49). La utilización del instrumento del Registro para sancionar es una desviación del fin típico de esa institución de constancia de datos cuya omisión *esencial* es la única que puede dar lugar a la cancelación de la inscripción, produciéndose, en otro caso, una clara desviación de poder en el sentido y con las características señaladas más arriba. El problema, que es también la gran limitación de esta técnica de control del fin, queda reducido a una cuestión de prueba.

Pues bien, si la Sentencia que ahora comentamos afirma en el Considerando 6.º que

las normas contenidas en la Ley de Prensa e Imprenta son normas de policía administrativa, como así las califica la disposición derogatoria única de la propia Ley, por lo que la Administración, en el ejercicio de las facultades de intervención que dicha Ley le otorga ha de ser congruente con los motivos o fines que las justifiquen, por lo que las medidas o acuerdos que se adopten han de ser las convenientes en relación con los intereses públicos y los privados dignos de protección»;

si, más adelante, la Sentencia dice que a la cancelación sólo se debe llegar por falta gravísima en relación a las causas expresadas en el artículo 29 de la Ley de Prensa; si en base a ello se declara

que no son conformes a Derecho, por infringir el ordenamiento legal de la ley de Prensa, las resoluciones impugnadas del Consejo de Ministros de fecha 7 de enero de 1972 y la del Ministerio de Información y Turismo de 25 de noviembre de 1971, a que se refieren los escritos de interposición de estos recursos acumulados, por indebida aplicación de los preceptos legales reguladores de la cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas Periodísticas (Cdo. 10);

---

(49) Vid., *La Empresa periodística en España*, Pamplona, 1973, p. 58, cita que tomo de J. SALAS, *op. cit.*, p. 92, por nota. Por su parte, NIETO TAMARGO añadirá: «La Administración Pública puede recurrir al incumplimiento de una formalidad de comunicación al Registro para sancionar, de hecho, a la empresa por un texto» (*op. cit.*, p. 58).

si esto es así, con lo que indirectamente se está diciendo que la Administración no se atuvo estrictamente a los fines fijados al Registro de Empresas Periodísticas, no se entiende muy bien que, a continuación, el mismo Considerando 10 concluya afirmando:

error de Derecho que al ser alegado y estimado por acreditarse que efectivamente del expediente de comprobación de datos no resultaba ninguna divergencia o discrepancia fundamental entre el Registro y la realidad, se contradice con la alegación de desviación de poder también formulada por las empresas recurrentes en sus respectivas demandas, pues el acuerdo de cancelación, aunque aplicando indebidamente los artículos 27 y 29 de la Ley de Prensa, responde a uno de los fines fijados por el Ordenamiento jurídico al Registro de Empresas Periodísticas de que esa inscripción responda a la realidad de los datos que se aporten por las empresas periodísticas para posibilitar su control y decretar la cancelación cuando exista contradicción «esencial» entre la realidad objetiva y la inscripción, o sea, que se compruebe la existencia de irregularidades profundas dentro de la empresa que afecten a los datos esenciales objeto de la inscripción registral que necesariamente produzca la cancelación de ésta, irregularidades que en el caso de autos fueron erróneamente valoradas por la Administración a causa de las disensiones internas, de naturaleza privada de determinados grupos de socios de «Faces» que motivaron actuaciones judiciales en Juzgados de Primera Instancia, Audiencia Territorial y Sala Primera del Tribunal Supremo, impugnado transferencias de acciones, nulidad de Juntas e instando medidas cautelares y procedimientos ejecutivos en base a la real titularidad de las acciones de «Faces», por lo que no es de estimar la desviación de poder,

es decir, la Sentencia se niega a calificar los hechos de desviación de poder, como si una fuerte aprensión le impidiera hacer uso de una técnica que, a pesar de haber sido en buena medida superada por otras, como lo ha puesto repetidamente de relieve la doctrina francesa y española, sigue teniendo una operatividad jurídica innegable,

es decir, práctica; y es que, con frecuencia, el Tribunal Supremo identifica la desviación de poder con elementos éticos y morales, de crítica no formal respecto de las decisiones administrativas, lo que puede actuar como freno para la admisión de la desviación de poder por las connotaciones sociales y políticas que, desde ese planteamiento, tal crítica conllevaría. Pero la desviación de poder se configura con carácter estrictamente objetivo, de forma que, como ya señalara el profesor CLAVERO hace años, «no puede plantearse problema alguno en orden a la ya superada polémica sobre si la desviación de poder constituye un vicio de legalidad o de moralidad administrativa» (50), independientemente de que, en efecto, haya autoridades y funcionarios que se sientan molestos y ofendidos cuando se anula una actuación suya por este motivo, lo que, por lo demás, también puede suceder si el acto se revoca por otras razones.

La Sentencia, en este punto, se alinea junto a otras muchas de nuestro Alto Tribunal, que, como apuntaran E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, entiende, a menudo, que «sólo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurra ningún otro vicio de legalidad», cuando es perfectamente posible, y aun frecuente, que tal infracción coexista con otras en el mismo acto (51).

Las dificultades de prueba y las pretendidas connotaciones meta-jurídicas apuntadas hacen que sean infrecuentes las aceptaciones de desviación de poder. Cuando, además, el Tribunal va a llegar a la misma conclusión práctica final de anular el acto administrativo

---

(50) La constatación de este fenómeno de las connotaciones éticas que el Tribunal Supremo ve en la desviación de poder ha sido destacado por J. SÁNCHEZ ISAC, al estudiar casi ciento cincuenta Sentencias, en su obra *La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*, Madrid, 1973, en concreto, p. 202. Más recientemente, J. A. SANTAMARÍA PASTOR ha insistido en la misma observación criticando en los Tribunales «una equívoca interpretación de la vieja doctrina que concebía a la desviación de poder como una técnica de control de la moralidad administrativa» (*Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control*, en «REDA» núm. 2 (1974), pp. 303-310, la cita en p. 305). La cita del texto de CLAVERO es de su trabajo *La desviación de poder en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el núm. 30 (1959) de esta REVISTA, p. 121.

Sobre el carácter objetivo de la desviación de poder insistía ya S. MARTÍN-REORTILLO en el primer trabajo publicado sobre el tema tras la aprobación de la Ley Jurisdiccional de 1956 (Cfr. *La desviación de poder en el Derecho Español*, en esta REVISTA núm. 22 (1957), pp. 137 y ss. y en diversos lugares de este mismo trabajo).

(51) Cfr. *Curso de Derecho administrativo*, t. I, cit., p. 281. En el mismo sentido, CLAVERO: *La desviación de poder...* cit., pp. 111 y s. En contra, con matices, J. ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO: *Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente*, en esta REVISTA, número 38 (1982), pp. 28 y ss.

preexistente por otras irregularidades, la desviación de poder aparece como un *plus* de contenidos más teóricos que efectivos, cobrando entonces más relieve el aspecto de crítica a que antes me refería, lo que hace que, en estos casos, el Tribunal se inhíba un tanto en la aceptación de este vicio que, con todo, desde un punto de vista de rigor y tecnicismo, no por ello pierde su virtualidad y su necesaria operatividad (52).

(52) Incluso podría pensarse que este tipo de supuestos en los que el acto administrativo va a ser anulado de todas formas serían más proclives a la aceptación de la desviación de poder, propiciando así una jurisprudencia abundante y casuística que sirviera de pauta de orientación para los casos en que la desviación de poder aparece como único vicio de la decisión administrativa. Y ello porque, como se sabe, es mucho más fácil aceptar en un *obiter dictum* determinados planteamientos doctrinales cuando no se aplican como fundamento a la decisión de fondo. Este sería un caso, sino igual, sí similar en cuanto a sus planteamientos. En este sentido, T. R. FERNÁNDEZ recordaba cómo la admisión teórica de la acción de nulidad por la jurisprudencia se correspondía con el hecho de que ninguna de las Sentencias donde se planteó el problema estimó en su totalidad los recursos. «Esto es importante —concluye este autor— ya que siempre es más fácil dar un paso adelante cuando el coste de la decisión es nulo o muy reducido» (Cfr. *La acción de nulidad en la jurisprudencia administrativa*, en «REDA» núm. 4 (1975), p. 97). Este sería también el caso de la admisión de la desviación de poder cuando coexiste con otro vicio formal del acto, facilitando una aceptación de la misma para hacer más operativo el concepto.

Sin embargo, como se afirma en el texto, ello no es frecuente. Por el contrario, la reticencia a entrar en el tema de la desviación de poder es notable. A título ejemplificativo puede citarse un caso especialmente significativo que no fue objeto, en su día, de ningún comentario monográfico, que yo sepa. Me refiero a la Sentencia de la Sala 4.ª de 23 de septiembre de 1970 (Arz. 3890). En esta Sentencia se contempla un recurso interpuesto contra la decisión de la Dirección General de Industrias Textiles, Alimentarias y Diversas de 12 de agosto de 1968 por la que se autorizaba la instalación de una industria de destilación y elaboración de whisky en Barajas de Melo (Cuenca). Los recurrentes alegaron ocho motivos impugnatorios distintos: «1) Improcedencia de que el Ministerio de Industria se haya erigido en defensa de los intereses de la entidad solicitante M. Walker, requiriéndole para completar el proyecto en varias ocasiones; 2) defecto procesal al recabar los informes declarados preceptivos por las disposiciones legales; 3) desconocimiento, por parte del Ministerio, del carácter vinculante de los informes emitidos; 4) defecto de planes y proyectos completos precisos para la concesión de la autorización otorgada a M. Walker; 5) instalación de una fábrica de alcohol de cereales, pura y simple y no de whisky, e ilegalidad de tal instalación; 6) fraude de ley para justificar importaciones masivas del producto extranjero «malt»; 7) protección oficial y fomento a las importaciones y competencia desleal a la industria española; 8) desviación de poder» (Cdo. 1). Pues bien, la Sentencia acoge todos y cada uno de los siete primeros motivos de impugnación a lo largo de siete Considerandos en los que desarrolla ampliamente las tesis de los recurrentes llegando a afirmar que de lo que se trata es de aparentar el cumplimiento de la ley en relación con la instalación de este tipo de industrias para poder comercializar whisky importado en cantidades masivas, «o sea, que el concepto legal de industria definida como actividad de producción o de obtención de productos mediante operaciones manufacturadas o fabricadas, se convertiría en el manifestado intento de la empresa, en un mero pretexto material para obtener el privilegio de comercializar productos importados; y la autorización de esa industria con propósitos y antecedentes tales equivale a autorizar una fábrica "destinada" a no funcionar» (Cdo. 6) aceptando así la alegación de fraude de ley. Incluso, más adelante, se refiere la Sentencia

VII. REFLEXIONES FINALES

El asunto no terminó, sin embargo, con esta Sentencia. La Administración (el titular del hoy desaparecido Ministerio de Información y Turismo era por entonces don Andrés Reguera Guajardo) creyó ver en la decisión del Tribunal Supremo motivos bastantes para interponer recurso de revisión, al amparo del artículo 102-1 de la Ley Jurisdiccional, apartados *b)* y *g)*. Argumentaba el abogado del Estado que la Sentencia era contradictoria con otras del mismo Tribunal Supremo en supuestos similares, que se infringía el principio de congruencia al analizar problemas no planteados por las partes y que no resolvía cuantas cuestiones fueron planteadas en el proceso. Este recurso, que para el presidente del Consejo de Administración de la empresa «Madrid. Diario de la Noche», en declaraciones a la Prensa, fue una maniobra para ganar tiempo y lograr que el «Madrid» retrasara su salida (53), fue fallado por la Sala de revisión del Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de junio de 1977 (Arz. 2.903), declarándolo improcedente en todas sus partes. Así, en el Considerando 2.º se rechaza que la Sentencia contradiga otras del propio Tribunal, dado que «no resulta la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones exigida», de forma que las alegaciones de la Administración serían más propias de una segunda instancia que de un recurso de revisión que no puede entrar en lo que la Sala califica, como mucho, de «una dispar interpretación doctrinal». En cuanto a la pretendida incongruencia, la Sentencia la desestima por considerar, en conso-

---

al informe del Ministerio de Agricultura que señaló que «el verdadero propósito de los fabricantes escoceses asociados en M. Walker es el de ahogar el desarrollo del *whisky* español que, aunque modestamente, está introduciéndose ya en los mercados exteriores». Después de todo este planteamiento, en el Considerando ocho la Sentencia se encara con el tema de la desviación de poder en los siguientes términos: «Que denunciándose en los motivos de oposición de la parte recurrente la disconformidad de la resolución impugnada con los preceptos legales que en aquéllos se citan, y estimada aquella disconformidad por el Tribunal, no procede examinar el supuesto de desviación de poder que se acusa en la alegación final del recurso, porque tal supuesto decae en su eficacia impugnativa cuando se denuncia y se acepta el quebrantamiento de algún precepto legal, de enjuiciamiento preferente», con lo que a la reticencia a entrar en el tema de la desviación de poder se une la ya criticada doctrina de que no es posible aceptarla cuando se acogen otros vicios presentes en el mismo acto que se impugna.

(53) Vid. declaraciones a «El País» del día 22 de junio de 1977. Sin embargo, es dudosa esa interpretación dado que el recurso de revisión, como opina la generalidad de la doctrina, no suspende la ejecución de la Sentencia firme que se impugna. Vid. a este respecto, por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, p. 1192.

nancia con una doctrina unánime del Tribunal Supremo, que únicamente existe «cuando se produce un cambio de la pretensión misma y no si sólo existe una modificación de su fundamentación jurídica» (Cdo. 3). Por otra parte —afirma la Sentencia rechazando otro de los presuntos motivos de incongruencia— «la congruencia ha de establecerse entre el fallo y las pretensiones de las partes y no entre sus alegaciones y los Considerandos de la Sentencia, sin que tenga que amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que es suficiente con que el hecho se atempere sustancialmente a lo solicitado (Cdo. 4).

La corrección y la importancia de la Sentencia de la Sala Tercera que comentamos queda así doblemente realizada, condenándose además a la Administración al pago de las costas causadas en este recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.809 LEC que, en este caso, es de preferente aplicación tal y como dispone el propio artículo 102-2 LJ.

Termino ya. La Sentencia de 25 de octubre de 1976, a propósito de la cual se escriben estas páginas, admite el recurso, declara nula la cancelación de la inscripción del periódico en el Registro de Empresas Periodísticas y proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ya lo hemos visto. Por encima de apreciaciones personales y de matices destaca una interpretación irreprochable de las normas de policía administrativa, una exégesis ponderada e integradora de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico por encima de una aproximación simplista y en exceso positivista a las normas que hallan así su adecuación y encaje en el mosaico multiforme y cambiante del Derecho y en su conexión con la realidad social. Por eso decía al principio de este trabajo que la Sentencia me parece importante, no sólo por el alcance social que la decisión tiene, sino también por las cuestiones que trata y las soluciones que aporta. Quedan en el aire otros temas, ciertamente, y la solución a algunos de ellos puede venir por vía legislativa, como en el de la suspensión, aunque también era posible, todo hay que decirlo, a través de las normas actuales, con una interpretación más flexible que consolidara, en estos casos, la suspensión del acto administrativo. Queda el tema de los daños morales y la desviación de poder. Queda —y esto no depende ya de la jurisprudencia— la propia existencia del Registro de Empresas Periodísticas, cuya subsistencia debe conectarse con las posibilidades de la Administración en relación a la cancelación de inscripciones.

La Sentencia anula la cancelación y proclama la responsabilidad de la Administración. Esta tendrá que indemnizar a la empresa editora del periódico. La inscripción permanece viva. Las cosas vuelven a como estaban en 1971. Pero, con todo, cabe preguntarse, ¿volverá a editarse el periódico?, ¿volverá el «Madrid» a salir a la calle?, ¿dónde están sus periodistas, sus redactores, sus técnicos? Muchos, los más conocidos, en otros medios de información, dirigiéndolos o colaborando en ellos. Pero, ¿qué fue de sus anónimos trabajadores en todos estos años? Y sobre todo, ¿dónde están los lectores del periódico?, ¿dónde sus anunciantes?, ¿se puede valorar económicamente todo esto? Las circunstancias históricas son hoy muy diferentes de como lo eran en 1971, y durante estos años un sector del público lector, parte de la opinión pública, se ha visto privada de una voz tan significativa y caracterizada como era la del diario «Madrid». Otros periódicos han nacido mientras tanto. Pero, ¿quién podrá valorar en dinero el silencio de un periódico?, ¿cuánto vale la sonrisa perdida del chiste de Chumy-Chúmez o de «La llamada página de humor» de Moncho Goycoechea?, ¿hubiera influido en algo, en alguien, el editorial del día o la página tres del periódico recogiendo opiniones, artículos y ensayos?

La Sentencia es importante, ya lo he dicho, y hasta puede servir de ejemplo; pero nos hace reflexionar también sobre el papel de la prensa como vehículo de ideas, como medio de información, de opinión y hasta de formación (54), porque cuando muere un periódico —cualquier periódico— se muere también una pequeña parte de la verdad.

---

(54) No está de más, creo, recordar las encendidas y acaso ingenuas palabras de don Alvaro FLÓREZ ESTRADA en un texto que, a pesar de los más de ciento cincuenta años transcurridos, rezuma frescor y actualidad: «En ningún país nacen sabios los hombres —decía el ilustrado político liberal—. Es necesario que en todas partes los forme la educación. Sin ella no es posible adquirir una verdadera instrucción (...) La libertad de imprenta es el único medio de que podemos valernos para arrancar de una vez males tan inveterados y tan insoportables; el único remedio con que se puede mejorar nuestra educación abandonada. (...) Desengañémonos, sin libertad de imprenta no pueden difundirse las luces, y sin ellas no puede haber reforma útil y estable, ni los españoles podrán jamás ser libres y felices. Sin esta libertad el patriotismo se amortigua y desaparece. Es la única salvaguardia de la confianza y seguridad individual. De nada le sirve al ciudadano conocer los males e injusticias que se le causan, si no tiene facultad de escribir y de hablar para repararlos de alguna manera. Los Catones y los Temístocles jamás han existido sino en países libres» (*Reflexiones sobre la libertad de imprenta*, 1811. Cito por la edición de la *Representación hecha a S. M. C. el señor don Fernando VII en defensa de las Cortes*, a cargo de J. MUNÁRRIZ PERALTA, en cuyo volumen se encuentran también las Reflexiones..., Madrid, 1967, pp. 145 y 149).