

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Naturaleza. No es acto separable la resolución del mediador que fija la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.* B) *Ejecutividad:* 1. No puede solicitarse la suspensión una vez preparado el recurso de casación. 2. Apariencia de buen derecho por la existencia de jurisprudencia reiterada en casos similares. C) *Revisión de oficio de convocatoria de pruebas selectivas cuando se han anulado en vía de amparo algunos de los actos de ejecución.*—II. CONTRATOS: *Es contrato administrativo la concesión de la cafetería de un hospital de la Seguridad Social.*—III. SERVICIO PÚBLICO: *Desviación de poder por el uso de la potestad de regular tasas por prestación de servicios con fines estrictamente recaudatorios.*—IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Reversión. Prohibición de enriquecimiento injusto.*—V. LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Igualdad ante la Ley: exclusión sistemática y no justificada de un medio de comunicación en la inserción de publicidad institucional.* B) *Lengua en la enseñanza: validez del Decreto dictado en desarrollo de la Ley catalana de Normalización Lingüística.*—VI. SANCIONES: *Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados.*—VII. URBANISMO: A) *Suelo no urbanizable. Campo de golf.* B) *Licencias:* 1. Subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo y autonomía local. 2. Movimiento de tierras.—VIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Recurso de casación. No procede solicitar la suspensión del acto impugnado.*—IX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: *Nexo causal:* 1. No reanudación de actividad paralizada por la Administración cuando se obtuvo la suspensión del acto. 2. Falta de prueba del nexo causal en supuesto de daños con ocasión de asistencia médica.

I. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Naturaleza. No es acto administrativo, ni siquiera de carácter separable, la resolución del mediador designado por el Ministerio de Cultura por la que se determina la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«La representación procesal de “Mayro Magnetics, S. A.” preparó —después de formulado el preceptivo recurso de súplica— recurso de casación contra el Auto de fecha 11 octubre 1994, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso instado por el cauce procesal de la Ley 62/1978, en cuyo auto se acordó declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, haciendo saber a la parte recurrente que la competencia correspondía al orden jurisdiccional civil, siendo el acto recurrido en aquel proceso de la Ley 62/1978 una Resolución de 11 julio 1994, de tercero mediador designado por el Ministerio de Cultura, por la que se determina

la remuneración compensatoria a la que se refiere el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En el cuarto motivo, amparado en el artículo 95.1.4, se denuncian como normas del ordenamiento jurídico infringidas el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual 22/1987, de 11 noviembre (redactado según Ley 20/1992, de 7 julio, y el artículo 31 y la Disposición Final Primera del Real Decreto 1434/1992, de 27 noviembre, que desarrolla, entre otros, ese artículo 25, modificado).

Conviene tener presente, ante tal denuncia, del contenido de esos preceptos, los siguientes particulares: el artículo 25.1 dice que "la reproducción, exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2." del artículo 31 de esta Ley y por medio de aparatos o instrumentos técnicos o tipográficos, de obras publicadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, originará una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción...". Define el número 3 del artículo 21 quiénes son deudores y quiénes acreedores de la remuneración compensatoria, para, a continuación, en el número 5 de dicho artículo 21, regular la fijación anual de la remuneración compensatoria en los siguientes términos: "a) Se podrá establecer mediante convenio pactado, dentro de los dos primeros meses de cada año, por los deudores, o, en su caso, a través de las asociaciones constituidas por ellos para la defensa de sus derechos o intereses y las correspondientes Entidades de Gestión de los acreedores o la persona jurídica en la que éstas se hayan podido agrupar para negociar el convenio y realizar el cobro y distribución de la remuneración. Una vez concluido aquél se pondrá en conocimiento del Ministerio de Cultura. Dicho convenio deberá formalizarse en escritura pública, la cual llevará aparejada ejecución a los efectos y en los términos de lo dispuesto en la Sección Primera, Título XV, del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. b) Si transcurrido el plazo para la celebración del Convenio, éste no se hubiera concluido, la remuneración compensatoria será fijada mediante la intervención mediadora y resolutoria de tercero, que será obligatoria para los deudores y los acreedores y que no alterará la naturaleza jurídico-civil de la obligación concretada." Añadiendo en el número 6 del artículo 21: "corresponde al Ministerio de Cultura la designación del mediador, previa audiencia de deudores y acreedores. La designación deberá recaer en persona experta en la materia. El mediador deberá dictar su resolución en el plazo de dos meses desde su designación prorrogable por un mes. Esta resolución deberá formalizarse en escritura pública, la cual llevará aparejada ejecución en idénticos términos a los previstos para el convenio".

Por otro lado, el artículo 31 del Real Decreto 1434/1992, de 27 noviembre, dispone que: "1. Corresponde al Ministerio de Cultura la potestad de mediar con carácter resolutorio entre las entidades de gestión de los acreedores y los deudores de la remuneración compensatoria que hayan intervenido en cualquier momento de la negociación del convenio, en el caso de que, transcurrido el plazo que para la celebración del convenio se establece en el artículo 22 de este Real Decreto, no se hubiera concluido con acuerdo. 2. Dicha potestad se ejercerá por un tercer mediador designado al efecto por el Ministerio de Cultura." Y la Disposición Final Primera de dicho Real Decreto dispone que: "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35.6 de este Real Decreto (en el que se establece que 'la resolución mediadora es obligatoria para todos los acreedores y deudores de la remuneración compensatoria conocidos al tiempo de la misma. Dicha resolución no alterará la naturaleza jurídico-civil de la obligación de remuneración compensatoria') los actos separables dirigidos a la formación y expresión de la voluntad del Ministerio de Cultura y sujetos al Derecho Administrativo, podrán ser impugnados en vía administrativa, y, en su caso, en contencioso-administrativa".

Sobre los preceptos que hemos transcrito construye la parte recurrente la tesis de que la resolución que dicta el tercero-mediador, es un acto de la Administración,

sujeto a Derecho Administrativo, impugnabile en vía contencioso-administrativa, por ser "acto separable" de la obligación que la propia resolución crea, y cuya obligación tiene naturaleza civil.

La doctrina de los "actos separables" surgida como arbitrio para delimitar la competencia de las jurisdicciones civil y administrativa, a propósito de los contratos privados celebrados por la Administración, después acogida en nuestro derecho, primero, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, después, por la propia legislación (art. 4, apartado 3, de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada por la Ley 17 marzo 1973, y arts. 8 y 40 y siguientes del Reglamento de Contratos del Estado), supone que antes de llegar al contrato y su contenido, por muy privado que éste sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de indudable carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho Administrativo, todos los cuales son perfectamente separables del contrato que se perfecciona después de ellos, cuyo contrato, si es de naturaleza privada, será impugnabile ante el Orden Jurisdiccional Civil, siendo los actos administrativos que le preceden (los "actos separables") impugnables ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Pero esa doctrina del "acto separable" no es aplicable al caso que examinamos. Los actos separables, a la vista de los preceptos que hemos transcrito de la Ley de Propiedad Intelectual y del RD 1434/1992, serán, en todo caso, los del Ministerio de Cultura previos a la designación del mediador, que han de ajustarse a los trámites previstos en el artículo 32 del RD 1434/1992. Pero una vez nombrado el mediador éste no actúa en representación del Ministerio de Cultura o por delegación de funciones de éste, sino que lo hace con el carácter privado de tercero experto en la materia, no pudiendo por tanto atribuirse a la resolución del tercero-mediador carácter administrativo, al no emanar de órgano de la Administración, teniendo dicha resolución un carácter estrictamente privado, como lo tiene el propio convenio del artículo 25.5.a) de la LPI, al que sustituye, y siendo, por tanto, generadora de obligaciones jurídico-civiles, una vez formalizada en escritura pública, como se especifica en el precitado artículo 25.5, apartado b).

Procede en consecuencia desestimar el motivo, al no infringir el auto recurrido, las normas del ordenamiento jurídico que en el motivo se especifican.» (*Sentencia de 5 de junio de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4871.*)

B) Ejecutividad.

1. *No procede solicitar la suspensión del acto impugnado una vez se ha dictado Sentencia de instancia y se ha preparado el recurso de casación.*

Vid. VIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: *Recurso de casación. (Auto de 8 de mayo de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4107.)*

2. *Procede la suspensión por apariencia de buen derecho de una sanción en materia de máquinas recreativas impuesta solidariamente, habida cuenta de la reiterada jurisprudencia que ha anulado resoluciones sancionadoras similares por falta de cobertura legal.*

«En el proceso contencioso-administrativo del que la presente pieza separada de suspensión dimana, se impugnan en los autos principales por la representación pro-

cesal de don Lorenzo F. H., las Resoluciones del Ministerio del Interior de 27 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1990, que confirman en reposición potestativa la primera y enalzada la segunda, la también Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 8 de marzo de 1989, que impuso al recurrente, como titular del establecimiento y a la sociedad mercantil "Videlda, S. A." como empresa operadora, una multa solidaria de 300.000 pesetas, al haberse comprobado en inspección practicada el día 8 de marzo de 1989 al establecimiento "Bar Los Toreros", sito en la calle Manuel de Falla número 9 de San Fernando de Henares (Madrid) que se hallaban instaladas y en explotación las máquinas recreativas tipo B, modelos "Baby Fruits", número de registro 1076, Serie 1, número 8512, y "Baby Princesa-100", número de registro 1319, serie A, número 1916, propiedad de la Empresa Operadora "Videlda, S. A.", teniendo la primera de ellas documento no original de solicitud de cambio de máquina, al igual que la segunda, en la que además no se encuentra incorporada de forma visible desde el exterior la placa de identidad, sin hallarse en el local el boletín de situación de la citada en segundo lugar, careciéndose del Libro de Inspección e Incidencias, hechos que se estimaron constitutivos de infracción a lo dispuesto en los artículos 31.2.b) y c), 33.b) y c) y 34, en relación con el artículo 43.1, 2, 6 y 7 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 877/1987, de 3 julio, tipificados de carácter grave en el artículo 3, apartados a) y d), de la Ley 34/1987, de 26 diciembre. La Sala de instancia acuerda suspender los actos administrativos objeto de impugnación jurisdiccional por considerar que la suspensión no sólo resulta hacedera cuando se hubiesen de causar daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, sino también cuando hubiese un principio, al menos indiciario, de que el Tribunal pudiera acceder a la pretensión revocatoria deducida por el recurrente y en el presente caso, al haberse impuesto la sanción de forma solidaria, sin prejuzgar el fondo, pudiera existir un indicio de buen derecho que hace aceptable la suspensión pretendida. Por el señor Abogado del Estado se disiente de tal decisión, alegando, en síntesis, que siendo la sanción recurrida meramente económica, la misma es susceptible de ser reparada en su integridad por la notoria solvencia de la Administración.

La Jurisprudencia de este Tribunal Supremo (Autos de 25 septiembre 1987 [RJ 1987, 6353]; 20 diciembre 1990 [RJ 1990, 10412] y 17 enero 1991 [RJ 1991, 503], entre otros), así como la del Tribunal Constitucional en Sentencia 238/1992, de 17 diciembre (RTC 1992, 238), y en la de 29 abril 1993 (RJ 1993, 3129), viene sosteniendo que de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares y que la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso y que la fiscalización plena, sin inmunidades del poder, de la actuación administrativa, comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos, ello resulta predicable cuando *prima facie* una apariencia de buen derecho debe justificar la suspensión de la ejecución del acto que es objeto de impugnación, pues no debe olvidarse que la suspensión, que supone en definitiva una tutela cautelar, viene impuesta en estos casos por el reconocimiento que en el artículo 24.1 de la Constitución del derecho a la tutela judicial efectiva, pues se trata de evitar que el proceso contencioso-administrativo para quien se ve obligado a instarlo, se convierta en una carga y gravoso para la defensa de sus derechos e intereses legítimos y siendo así que esta Sala viene considerando que los actos sancionadores, en materia de juego por máquinas recreativas, impuestos solidariamente vulneran el principio de legalidad y que la exigencia del Libro de Inspección e Incidencias requerido por el Reglamento que rige dicha actividad lúdica no resulta hasta el vigente Reglamento exigible por falta de eficacia *ad extra* de la norma que especifica sus características, modelo y contenido derivada de la falta de publicidad adecuada y equivalente para una norma integradora del Reglamento que lo motiva, esta apariencia de un buen derecho aconseja ratificar la inejecutividad de los actos administrativos sancionados.

res, tal y como se realiza por el auto apelado, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación deducido por el señor Abogado del Estado.» (Auto de 6 de junio de 1995, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4609.)

C) *Revisión de oficio. Es procedente la revisión de oficio de las convocatorias de pruebas selectivas cuya ejecución dio lugar a resoluciones que, recurridas en amparo, fueron anuladas por el Tribunal Constitucional, cuya doctrina vincula a los Tribunales.*

«El 18 abril 1989 el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia número 67/1989 (RTC 1989, 67), estimando la demanda de amparo deducida por don Manuel P. B., declarando la nulidad de la convocatoria efectuada por Orden 25 agosto 1987 de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura que convocó pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y declarando asimismo la nulidad de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 22 abril 1988 (RJ 1988, 3406). El motivo de tal declaración lo constituye el que en la Base 4.ª.1 de la Convocatoria se preveía la aplicación del sistema generalizadamente conocido como "de la mochila", que supone que los puntos obtenidos por un aspirante en la fase de concurso pueden servirle para superar los ejercicios que integran la fase de la oposición de las pruebas selectivas en las que dicho aspirante participa; este sistema introduce, según el Tribunal Constitucional, una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición habiendo prestado un tiempo de servicios como contratados e interinos y los demás opositores, diferencia que es incompatible con los principios de mérito y capacidad, contraria al artículo 23.2 de la Constitución y constitutiva de una lesión al derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del solicitante de amparo, lo cual justifica la anulación de la Orden impugnada y la realización de una nueva convocatoria que respete las condiciones de igualdad de los aspirantes en el desarrollo de la fase de oposición de las pruebas selectivas.

A la vista de lo sentenciado por el Tribunal Constitucional, el Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública recabó del Abogado del Estado —Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio para las Administraciones Públicas—, informe sobre la posibilidad de revisión de oficio de las tres Resoluciones dictadas el 22 diciembre 1988 en las que se contemplaba una aplicación consuntiva de puntos de la fase de concurso a la fase de oposición semejante a la anulada por el Tribunal Constitucional. Tras el informe favorable de dicha Jefatura, se inició expediente de revisión de oficio de dichas resoluciones el 20 de junio de 1989, tras cuya tramitación, y de conformidad con lo dictaminado por el Consejo de Estado, la Presidencia del Instituto dictó Resolución en fecha 29 septiembre 1989 anulando el tercer párrafo en su totalidad de la base 7.1.1, el inciso del cuarto párrafo de la misma base en el que se dice "que no hayan necesitado los aspirantes para superar los ejercicios de la oposición..." y el inciso final de la base 7.1.3 que dice "... deduciendo de éstas los puntos ya aplicados para obtener las puntuaciones mínimas de los ejercicios obligatorios de la fase de oposición". Contra esta resolución se dedujo por los hoy demandantes recurso de alzada ante el Ministro para las Administraciones Públicas, y contra la desestimación presunta de éste se interpuso el recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar al presente proceso.

Alega la parte actora que no concurren, en el supuesto de que tratamos, los presupuestos del ejercicio de la potestad de revisión de oficio de los propios actos conferida a la Administración Pública por el artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958; sostiene, además, los recurrentes que el acto revisor dictado se ha basado en el pronunciamiento efectuado en una sentencia del Tribunal Constitucional que, por haber resuelto un recurso de amparo, carece de efica-

cia *erga omnes*, o de fuerza vinculante sobre las convocatorias aprobadas en su momento, dado que sus efectos se extienden tan sólo a las partes implicadas en el proceso en que fue dictada, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional; se afirma en la demanda que la actuación anulatoria realizada es contraria a los principios de equidad e igualdad, en la medida en que la convocatoria afectada por aquélla es la segunda que se realiza para el colectivo al que iba dirigida, sin que la primera fuese objeto de anulación o revocación; se sostiene, por último, que no puede declararse de oficio la nulidad de un acto que tiene su origen en una norma vigente, ni otorgar efectos retroactivos al Real Decreto 833/1989, de 7 julio, que dejó sin efecto determinadas disposiciones del Real Decreto 2224/1985, de 20 noviembre, y del Real Decreto 1147/1987, de 18 septiembre.

Respecto a lo alegado por los demandantes ha de señalarse que el mencionado artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo permite a la Administración la anulación de oficio de sus propios actos declarativos de derechos, siempre que no hubieran transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados, cuando tales actos infrinjan manifiestamente la Ley y en tal sentido lo haya dictaminado el Consejo de Estado.

En el presente caso la Administración ha ejercitado esta potestad revisora sobre actos respecto de los cuales no habían transcurrido aún cuatro años desde que fueron adoptados: consta en el expediente de revisión de oficio instruido por el Instituto Nacional de Administración Pública, que se recabó del Consejo de Estado la emisión del dictamen que preceptúa el artículo citado, y que el mismo fue emitido por la Comisión Permanente del Consejo en sesión celebrada el 21 de septiembre de 1989, considerando aquélla que las resoluciones afectadas por el expediente revisor constituían actos declarativos de derechos y que a la vista de los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 67/1989, de 18 abril, cabía afirmar que las bases cuya anulación se propugnaba incurrían en la misma vulneración del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución que las analizadas por el Tribunal Constitucional, lo cual implicaba asimismo la infracción de las normas de rango legal que desarrollan el citado precepto constitucional como son el artículo 91.2 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, que reitera el contenido del artículo 19.1 de la Ley 30/1984, y la Disposición Transitoria Octava de la referida Ley 7/1985, de 2 abril, y que por tanto procedía la revisión de oficio de las bases 7.1.1 y 7.1.3 de las Resoluciones de 22 diciembre 1988 del Instituto Nacional de Administración Pública y su consiguiente declaración de nulidad.

De los datos antes reseñados y del contenido inequívoco del dictamen emitido por el Consejo de Estado resulta evidenciada, a juicio de este Tribunal, la concurrencia de los presupuestos que conforme al artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo posibilitan y justifican el ejercicio, por la Administración, de la potestad que le atribuye dicho precepto. Niegan los demandantes que pueda conferirse el carácter de "manifiesto" a una infracción legal que fue apreciada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo, habida cuenta de que el propio Tribunal Supremo, Sala Quinta, en Sentencias de 22 abril 1988 declaró conformes al ordenamiento las bases que posteriormente en la Sentencia 67/1989, el Tribunal Constitucional consideró conculcadoras del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Carta Magna (anulando al mismo tiempo la Orden que aprobó la convocatoria y la sentencia del Tribunal Supremo mencionada), ciertamente cabe señalar, a este respecto, que jurisprudencialmente ha existido unanimidad al entender que el calificativo "manifiesto" sólo puede referirse a aquella infracción que se patentice con tal claridad y evidencia que haga innecesarias las reglas interpretativas o las deducciones basadas en razonamientos complejos; ello podría inducir en principio a plantearse si puede considerarse "manifiesta" una infracción legal apreciada por el Tribunal Constitucional que anteriormente el Tribunal Supremo había estimado inexistente; a juicio de esta Sala, la existencia de un pronunciamiento

como el efectuado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 67/1989, declarando que la aplicación consuntiva de los puntos obtenidos en la fase de concurso a los ejercicios de la fase de oposición en pruebas selectivas para el ingreso en la función pública conculca el derecho fundamental proclamado en el artículo 23.2 de la Constitución española, es motivo suficiente y válido para considerar que una convocatoria cuyas bases prevean la aplicación de dicho sistema infringe manifiestamente la Ley, pues si bien es cierto que para efectuar su pronunciamiento el Tribunal Constitucional partió de un examen complejo de la cuestión suscitada, y que con el mismo se anuló lo previamente sentenciado por el Tribunal Supremo, también lo es que una vez efectuado aquél, queda puesto de manifiesto incontestablemente la inconstitucionalidad del mencionado sistema de aplicación de puntos; a ello cabe añadir que aun cuando tal pronunciamiento se realizara al resolver un recurso de amparo, y que por tanto careciese de efectos jurisdiccionales *erga omnes* (arts. 164 de la Constitución y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), la doctrina del citado Tribunal constituye, como ya señaló el Consejo de Estado en su dictamen, un parámetro fundamental para la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales reconocidos en ella, tanto por parte de la Administración Pública como por los Jueces y Tribunales, los cuales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5 Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial); por tanto, esta Sala estima que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 67/1989 fue tomado correctamente por el Instituto Nacional de Administración Pública como punto de partida para entender que en las bases aprobadas por las Resoluciones de 22 diciembre 1988 se contenía una infracción manifiesta de ley, y para iniciar la revisión de oficio de las mismas, que concluyó tras la tramitación del oportuno expediente con la Resolución dictada en fecha 29 septiembre 1989 por el Presidente del Instituto, que fue impugnada ante esta Jurisdicción, y que esta Sala considera conforme a derecho por haberse ejercitado legítimamente a través de la misma la potestad de revisión de oficio que a la Administración Pública otorga el artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada que han quedado reproducidos, y

Señala el Abogado del Estado que los hoy apelantes manifestaron en la escritura de poder que tenían la condición de funcionarios de Administración Local y, con base en ese dato, alega la inadmisibilidad del recurso de apelación “si, en efecto, tuviesen la condición de funcionario de carrera”, pues se trataría de una cuestión de personal en la que no se hallaría en juego el nacimiento o extinción de relación funcional alguna.

El carácter condicional de la alegación la condena al fracaso, pues no existe constancia en los autos ni en el expediente administrativo de que los recurrentes tengan la condición de funcionarios de carrera, por lo que no existe base para considerar inapelable la sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril, especialmente si se tiene en cuenta que lo que se debate en el proceso es la legalidad de la valoración de méritos y calificación de los ejercicios de unas pruebas selectivas libres, que no pierden este carácter por el hecho de que se contemplen en ellas como méritos, además de los servicios previos de interinos y contratados, los de determinados funcionarios de Administración Local, entre los que, a mayor abundamiento, no acredita el Abogado del Estado que figuren los recurrentes.

Entrando, pues, en el fondo de la apelación, alegan los apelantes, en primer lu-

gar, que la sentencia recurrida es incongruente al haberse limitado a considerar solamente el primero de los argumentos de la demanda, omitiendo todo razonamiento sobre los restantes.

No puede tacharse de incongruente la sentencia apelada cuando de su lectura resulta que en su fundamento jurídico tercero recoge fielmente todos los motivos de impugnación que se adujeron en la demanda, dándoles a continuación una contestación global, razonando con amplitud la conformidad a derecho de la resolución impugnada por haberse ejercitado legítimamente a través de ella la potestad de revisión de oficio que a la Administración Pública otorga el artículo 110.2 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo. No estará de más recordar aquí la reiterada doctrina de este Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en Sentencias de 23 enero 1971 (RJ 1971, 98), 5 febrero 1973 (RJ 1973, 425), 10 junio 1987 (RJ 1987, 4848) y 13 marzo, 4 y 5 junio 1990 (RJ 1990, 1968, 4832 y 4639), según la cual la congruencia que la Ley exige entre pretensiones y pronunciamientos no supone una mayor o menor correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de las sentencias, sino que éstas se pronuncian categóricamente sobre las pretensiones que enjuician, de suerte que no quepa duda ni menos aún la convicción de que han dejado de decidir alguna cuestión traducida en una petición. En definitiva, pues, como se declara en la citada Sentencia de 4 junio 1990, la congruencia exige que el juez decida todas y cada una de las cuestiones controvertidas, explícitamente en principio o al menos implícitamente, si en uno y otro caso la respuesta judicial es además nítida y categórica, si oscuridad ni ambigüedad, como sucede en el presente caso.

No obstante y como quiera que en sus alegaciones ante esta Sala los apelantes reproducen las que hicieron en la demanda, se les dará seguidamente la respuesta pormenorizada que consideran debida.

Insisten los apelantes en que no concurre el presupuesto de infracción "manifiesta" al que alude el artículo 109 (*sic*) de la Ley de Procedimiento Administrativo (quieren decir el artículo 110.2), razonando, en síntesis, que la infracción apreciada no podría reputarse como manifiesta en el momento de dictarse el acto impugnado y que un pronunciamiento del Tribunal Constitucional no la hace devenir manifiestamente nula, pues ya era firme en el mundo jurídico y se había dictado cuando tal supuesta ilicitud no había sido declarada por órgano judicial alguno, añadiendo que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución en cuanto otorga retroactividad a una decisión del Tribunal Constitucional que al haberse promovido en un recurso de amparo carece, además, de la "expansividad" de un recurso de inconstitucionalidad.

Salvo la supuesta infracción del artículo 9.3 de la Constitución, los apelantes no hacen sino reiterar las alegaciones que en la primera instancia formularon en torno a la pretendida inexistencia de los requisitos exigidos en el artículo 110.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y a la eficacia de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo, alegaciones que fueron correctamente rechazadas por la sentencia apelada en cuyos fundamentos abundamos, sin que pueda afirmarse que las convocatorias revisadas eran "firmes en el mundo jurídico", cuando adolecían de una nulidad radical que, si bien no constatada en un principio, la STC 67/1989 puso de manifiesto, cumpliéndose así la exigencia requerida por el citado precepto legal, a lo que no puede ser obstáculo el hecho de que tal sentencia se pronunciara en un recurso de amparo, habida cuenta del valor que la doctrina del Tribunal Constitucional reviste para la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales que la misma reconoce, a los que se está sujeta la Administración (arts. 9.1, 53.1 y 103 CE) y se hallan vinculados los Jueces y Tribunales (art. 5 LOPJ), como señala con acierto el fallo recurrido, en línea con el dictamen del Consejo de Estado.

Por lo demás, la supuesta infracción del artículo 9.3 de la Constitución carece por completo de fundamento. Ni las sentencias del Tribunal Constitucional pueden calificarse de "disposiciones", a cuya irretroactividad, en su caso, se refiere única-

mente dicho precepto constitucional, ni el hecho de que la sentencia apelada declare que la STC 67/1989 puso de manifiesto la inconstitucionalidad del sistema consistente en aplicar a la oposición puntos obtenidos en la fase de concurso, suponga atribuir a la misma efecto retroactivo alguno.

Alegan también los apelantes la subsistencia de las normas con arreglo a las cuales se dictaron las bases parcialmente anuladas, esto es, el Real Decreto 2224/1985, de 20 noviembre, al que se remitía la disposición transitoria quinta.2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 septiembre, ya que si bien el Real Decreto 833/1989, de 7 julio, derogó en la indicada transitoria del segundo de dichos Decretos el inciso relativo a la remisión al primero, tal derogación, arguyen los apelantes, no tuvo efecto retroactivo y, en consecuencia, las mencionadas normas reglamentarias se hallaban vigentes cuando se publicaron las convocatorias, por lo que, concluyen, no puede declararse la nulidad de un acto que tiene su origen en una norma vigente.

El alegato no puede prosperar pues, aparte de que en la revisión de oficio de los actos administrativos, contemplada en el artículo 110.2 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, lo determinante es la infracción de la "Ley", la alegada vigencia de las referidas normas reglamentarias carece de relevancia para esta Sala que, según establece el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede aplicarlas al ser contrarias a la Constitución, según resulta de lo hasta aquí expuesto.

Por último, debe ser igualmente rechazada la invocación de los límites que a la revisión de oficio impone el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, pues, como hace notar en su dictamen el Consejo de Estado, si bien podría ser contraria a dichos límites, por afectar a situaciones ya consolidadas, la eventual revisión de convocatorias realizadas con anterioridad según el mismo sistema de valoración de servicios prestados, tal situación no puede decirse que se produzca en el caso de autos, en el que, de no garantizarse en vía de revisión de oficio una celebración de las pruebas selectivas conforme a la Constitución, probablemente le sería impuesta después en vía de recurso.» (*Sentencia de 3 de abril de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4109.*)

II. CONTRATOS

Contrato administrativo. Naturaleza. Concesión de cafetería en hospital de la Seguridad Social. Finalidad de obras y servicios públicos. Interpretación amplia de este concepto.

«Se impugna en esta apelación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18 abril 1987, que desestimó el recurso interpuesto contra la rescisión del contrato de explotación de una cafetería decretado el 22 de octubre de 1984 por la Junta de Gobierno de la Residencia Sanitaria de Nuestra Señora de la Candelaria ratificada en alzada por Acuerdo de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de 22 enero 1985.

El organismo que suscribió el pacto contractual aquí enjuiciado, integrado en el Instituto Nacional de la Salud, tiene pues la naturaleza de entidad o corporación de derecho público, adscrita al Ministerio de Sanidad, dada su cualidad en Entidad Gestora de la Seguridad Social para la administración y gestión de los servicios sanitarios (art. 1.º del Real Decreto 1855/1979, de 30 julio), siendo el organismo ejecutivo fundamental de la política para la asistencia médica y sanitaria y para la promoción de la salud.

Conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala en Sentencias, entre otras,

de 30 mayo 1983 (RJ 1983, 3462), 11 marzo 1985 (RJ 1985, 1503) y 4 mayo 1995, nuestro ordenamiento jurídico utiliza como criterio definidor de los contratos de naturaleza administrativa el teleológico, cuando en el artículo 3 de la Ley Jurisdiccional somete a su esfera las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y como expresa la Sentencia de 12 abril 1984 (RJ 1984, 1995) la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para entender de cuestiones de contratos celebrados con la Administración pública es de amplio alcance conceptual y aplicación atractiva y como bien ha subrayado la jurisprudencia —Sentencias de 11 marzo y 26 noviembre 1985 (RJ 1986, 492)— el carácter administrativo de un contrato sólo puede deducirse de un análisis sustantivo del mismo, de modo que los términos utilizados e incluso la declaración de sometimiento al derecho privado son irrelevantes.

La propia Ley de Contratos del Estado de 8 abril 1965, modificada por Ley de 17 marzo 1973, asigna tal calificación no sólo a los contratos de ejecución de obras, gestión de servicios públicos y prestación de suministros sino, además, cualesquiera otros que revistan vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público.

La calificación del contenido de lo pactado en la contratación aquí enjuiciada permite establecer, con arreglo a la doctrina legal y jurisprudencial antecitadas, el régimen jurídico aplicable a ella que no es otro que el administrativo dada la directa vinculación de los servicios prestados por ese establecimiento de cafetería-restaurante con el personal sanitario de dicho centro hospitalario redundando de manera directa y trascendente en la mejor prestación de ese servicio público de sanidad, participando de algún modo en el contenido propio de este servicio.» (*Sentencia de 17 de julio de 1995, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 5856.*)

III. SERVICIO PÚBLICO

Constituye desviación de poder el establecer una tasa con fines estrictamente recaudatorios sin voluntad alguna de prestar un servicio concreto. La vigilancia especial de máquinas de juegos de azar, que origina la tasa, encaja en el concepto de policía general que ha de prestar la Administración.

«Por la Asociación Provincial de Máquinas Recreativas de Las Palmas se pretende en este recurso de apelación la revocación de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 28 septiembre 1990, que desestimó el recurso interpuesto por dicha asociación contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria de 22 diciembre 1988 que aprobó definitivamente la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa Municipal por Vigilancia Especial de Máquinas de Juegos de Azar. Aunque el artículo 94.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril) excluía en tales casos el recurso de apelación contra la sentencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia, el número 2.a) del mismo precepto exceptuaba aquellos en que la sentencia hubiere versado sobre desviación de poder y ésta es la causa por la que el presente recurso de apelación ha sido admitido, bien entendido que, como esta Sala ha declarado en una doctrina tan reiterada que no requiere una cita más precisa, la invocación de la desviación de poder no significa la apertura del recurso a todo tipo de alegaciones, sino que el examen del Tribunal ha de reducirse a la re-

ferida infracción invocada en la instancia, prescindiendo de los restantes vicios de legalidad que se hubieren alegado.

La parte apelante reitera en su escrito de alegaciones argumentos en contra de la Ordenanza fiscal impugnada, ya expuestos en primera instancia, relativos a la improcedencia de establecer una tasa por el mantenimiento de un servicio que ha de considerarse como de vigilancia pública en general, en contra de la prohibición establecida en el artículo 213.c) del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, que es una cuestión de legalidad ordinaria ajena al ámbito de este recurso.

Desde la perspectiva de la desviación de poder, que acota los poderes de este Tribunal en un recurso como el presente, la parte apelante argumenta que no existe propósito alguno de prestar una vigilancia especial que justifique el establecimiento de la tasa, acudiéndose a este mecanismo como mero arbitrio para allegar recursos a las arcas del municipio.

El hecho imponible en las tasas definidas en el artículo 199.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986 consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia municipal que beneficien especialmente a personas determinadas o, aunque no las beneficien, les afecten de modo particular, siempre que, en este último caso, la actividad municipal haya sido motivada por dichas personas directa o indirectamente, de forma que la denuncia de la parte recurrente implicará que la Corporación apelada ha infringido este precepto y la Ordenanza debería ser anulada por ello, que es algo que rechaza la sentencia apelada.

Sin embargo, la misma cuestión puede ser enjuiciada igualmente desde la perspectiva de la sumisión de la potestad tributaria, en su manifestación de imposición de tasas por la prestación de servicios públicos, a los fines que la justifican, que en este caso no son simplemente recaudar ingresos públicos destinados a la financiación de atenciones generales, sino la de obtener recursos dirigidos única y exclusivamente al mantenimiento de un determinado servicio, por lo que, tal como ha declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 11 diciembre 1969 (RJ 1969, 5729) y 13 febrero 1971 (RJ 1971, 437), si el servicio de policía que da lugar al devengo de la tasa no se presta o se hace de manera formularia, de modo que su finalidad no es tanto garantizar la seguridad de las personas y cosas sino provocar la exigencia de una tasa, ésta ha de ser anulada. Pues bien, el examen del expediente administrativo revela que la denominación "vigilancia especial" es un simple título escogido para dar cobijo a una tasa eludiendo el concepto de servicio de vigilancia general cuya prestación no autoriza a los Ayuntamientos a su establecimiento, como taxativamente establece el artículo 213.c) del Texto refundido de 18 abril 1986. No hay establecimiento de servicio especial alguno pues, aun aceptando la necesidad de una especial vigilancia en cada uno de los locales en que existan máquinas de juego, que en el expediente se da por supuesta sin la más mínima justificación, la naturaleza del servicio, por la finalidad a que se dirige, prevención general de actos ilícitos, y funcionarios a quienes se encomienda, miembros del Cuerpo de Policía Local, encaja en el más genuino concepto de policía general, que no se altera por la intensidad o la frecuencia de su funcionamiento. En tales condiciones es fácil coincidir con la parte apelante en que, frustrados los intentos de establecer arbitrios con fines no fiscales sobre la actividad de explotación de máquinas recreativas, la aprobación de la Ordenanza fiscal que da lugar a este proceso no responde a otra finalidad que la de atender a las necesidades presupuestarias de la Corporación apelante con un tributo distinto.

Por lo expuesto procede estimar el presente recurso, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas, por no concurrir ninguna de las circunstancias que exige el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción para su imposición a alguna de las partes.» (Sentencia de 28 de junio de 1995, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 4731.)

IV. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Reversión. Para la valoración del objeto de la reversión debe tenerse en cuenta la calificación urbanística de los terrenos en el momento de producirse la reversión, y no en el momento de solicitarse, ya que no debe producirse un enriquecimiento injusto del antiguo propietario.

«La temática decisoria que suscita la presente apelación, se contrae a la verificación de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo con fecha 9 abril 1991, en cuya virtud fue desestimado el Recurso 541/1990, interpuesto contra el Acuerdo del Jurado de Expropiación de la misma capital de 10 enero 1990, definidor del justo precio de la finca objeto de reversión, número 346.1, sita en la zona de ampliación del Polígono Industrial de Silvota, Concejos de Pola de Siero y Llanera, y como tal cuestión ha sido ya decidida por esta Sala en las Sentencias de 24 junio 1993 (RJ 1993, 4410), 28 mayo y 12 julio 1994 (RJ 1994, 4328 y 5599) y 14 marzo 1995 (RJ 1995, 1969), en contemplación de antecedentes fácticos en un todo idénticos a los actuales, es por lo que, en aplicación del principio de unidad de doctrina e incluso del de igualdad, limitaremos esta fundamentación jurídica a reproducir las motivaciones que formulábamos en las referidas sentencias.

En la última de las resoluciones citadas expresábamos, en primer lugar, que si bien era cierto “que los terrenos de la finca, cuya reversión se interesó, al tiempo de pedirse ésta, venían conceptuados por las Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes, aprobadas definitivamente por Acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Asturias el 23 septiembre 1985, publicado en el ‘Boletín Oficial del Principado de Asturias’ el 18 de octubre de 1985, como ‘Polígono en ejecución, sin alcanzar el grado clasificatorio de urbanos’, no es menos cierto que, según certificación del Secretario del Ayuntamiento de Llanera sobre calificación urbanística, por aplicación de las propias Normas Subsidiarias de Planeamiento, tal ‘cualidad’ de Polígono de ejecución, para los terrenos que no podían determinarse como urbanos (cual era el caso de los sometidos a reversión), sólo podía prolongarse hasta un plazo de dos años a partir de la fecha de publicación de las citadas Normas Subsidiarias, de manera que, transcurridos los dos años, quedaría reclasificado dicho suelo, pasando a ser ‘no urbanizable de protección a los efectos del artículo 86.2 de la Ley del Suelo’, admitiéndose exclusivamente ‘la introducción de sistemas de equipamientos y espacios deportivos’ y todo ello ‘sin necesidad de proceder a ningún cambio clasificatorio”.

A continuación hacíamos notar que, constante tal ordenamiento jurídico, “se promulgó el Decreto 1451/1986, de 11 junio (‘BOE’ 14 de julio de 1986), por el que se desistió parcialmente de las actuaciones en el Polígono ‘Silvota’ (Ampliación) del término municipal de Llanera, lo que el Director General de la Sociedad apelante motivó expresamente, el día 13 de octubre de 1986, al propietario al que le fue expropiada en su día la finca (cuya valoración ahora nos ocupa) a fin de que, según lo previsto por los artículos 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y 65 de su Reglamento, comunicase si ejercitaría el derecho de reversión como titular de la finca número 33 expropiada en dicho Polígono, lo que así hizo éste mediante escrito que tuvo entrada en las oficinas de la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo el día 14 de noviembre de 1986, y no fue hasta el día 10 de julio del año 1987 cuando esta Sociedad, ahora apelante, le requirió para que, en el plazo de veinte días, presentase la valoración de la finca objeto de reversión, lo que cumplimentó oportunamente el reversionista, haciendo constar expresamente en su hoja de aprecio que la clasificación urbanística de los terrenos, a partir del día 16 de octubre próximo (se suscribe dicha hoja de aprecio el día 27 de julio de 1987), según las Normas Urbanísticas aplicables, era la de ‘no urbanizable de especial protección’, por lo que, como tal, ofrecía el precio a razón de 123 pesetas por metro cuadrado frente a las 831 pesetas por metro cuadrado que después pidió la Sociedad apelante, que, al no haber acuerdo,

terminó fijado por Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, con fecha 7 de septiembre de 1989, a razón de 190 pesetas por metro cuadrado, en atención también a la clasificación del terreno como suelo no urbanizable protegido”.

La sociedad apelante, decíamos también, pretende, sin embargo, “que el día que el antiguo propietario solicitó la reversión no se había producido aún la transformación automática de la clasificación del suelo, de manera que en aquella fecha estaba clasificado como ‘Polígono en ejecución’ y no como suelo no urbanizable de especial protección, invocando lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, según el cual habría que estimar como justo precio en la reversión el valor que tenga la finca en el momento en que se solicite la recuperación, pero este Tribunal no comparte tal tesis de la sociedad demandante, ahora apelante, porque ésta se basa en una interpretación literal y no finalista del aludido precepto contenido en el párrafo primero del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, al igual que el artículo 36.1 de ésta, señala el tiempo al que ha de referirse el justiprecio en la expropiación, establece el momento al que debe estarse para valorar el bien o derecho objeto de reversión y es que aunque en el momento de la solicitud no se había producido la prevista reclasificación automática del suelo a revertir, lo cierto es que ésta venía predeterminada por las Normas Subsidiarias de Planeamiento aplicables, de manera que, cuando se pide la recuperación, era público y perfectamente conocido por los interesados que los terrenos, que recibiría como consecuencia de aquella el reversionista, tendrían la clasificación indicada de suelo rústico de especial protección y como tal se valoraron justamente por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, respetando las determinaciones urbanísticas (que la entidad apelante pretende ignorar), según las cuales el suelo que se entregaría al antiguo propietario sería no urbanizable de especial protección, por lo que el Jurado y la Sala de primera instancia, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, han tenido en cuenta para calcular su valor tanto lo dispuesto sobre criterios valorativos en la legislación urbanística como lo establecido respecto al tiempo de la valoración por el mencionado artículo 54, párrafo primero, de la Ley de Expropiación Forzosa. En este sentido, decíamos también, se pronunció esta Sala del Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 junio 1993 (Recurso de apelación núm. 1266/1991), al resolver otro supuesto idéntico (por tratarse de la misma beneficiaria y de otra finca a recuperar, situada en el Polígono ‘Silvota’ del término municipal de Llanera, por efecto del indicado Real Decreto 1451/1986), declarando que, al estar pendiente la finca de una prevista y determinada reclasificación urbanística, que había de producirse antes de que los bienes se encontrasen de nuevo en la posesión del reversionista, si se hubiesen valorado, como solicita la entidad apelante, conforme a su clasificación urbanística al momento de solicitarse la reversión, se produciría un enriquecimiento sin causa para quien ha de percibir el justiprecio de aquella, mientras que, si éste se fija conforme a la clasificación del suelo al momento de revertir a su antiguo propietario, se habrá obtenido el valor de sustitución, que es el fin pretendido por el tantas veces citado artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa”.» (Sentencia de 13 de junio de 1995, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4678.)

V. LIBERTADES PÚBLICAS

A) *Igualdad ante la Ley. La exclusión sistemática y no justificada de un determinado medio de comunicación en relación a la publicidad institucional de un ente municipal supone vulnerar el principio de igualdad, al ser una actuación arbitraria no amparada en la discrecionalidad administrativa.*

«La representación procesal del Ayuntamiento de Avilés desarrolla su tesis impugnatoria de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, apreciada en la sentencia de instancia, a partir de las siguientes premisas:

I. Los actos administrativos recurridos son actos discrecionales de la Administración municipal, no existiendo ninguna norma que obligue al Ayuntamiento de Avilés a insertar la publicidad institucional objeto de este recurso en ningún diario regional, en ejercicio de cuya potestad algunos de los anuncios no se insertaron en ningún diario regional, sino solamente local, y los demás en el diario local "La Voz de Avilés" y en "La Voz de Asturias", que es otro de los diarios regionales que se publican en el Principado de Asturias. A este respecto, por lo que atañe a la publicidad de los procesos selectivos para la contratación de personal laboral, menciona los artículos 25 y 27 del Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, aprobado por RD 2223/1984, de 19 diciembre, aplicable a las Entidades Locales por disposición del propio artículo 1.1 y por remisión del artículo 134.2 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril, normas que sólo obligan a insertar la publicidad en el "BOE" y se completa en el ámbito de la Comunidad Asturiana con los artículos 19, 23, 24, 27 y 31 del Decreto 68/1989, de 4 mayo, que aprueba el Reglamento de selección e ingreso del personal de la Administración del Principado de Asturias, donde se establece la publicidad en el "Boletín Oficial del Estado" y del Principado y se faculta a la Administración, si estima oportuno una mayor publicidad, a insertarla en cualquier otro medio de difusión regional o nacional. Y por lo que hace a la divulgación general, como es el anuncio de la Cabalgata de Reyes, el artículo 197 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales aprobado por RD 2568/1986, de 28 noviembre, dispone que este tipo de publicidad se inserta en el Boletín de Información Municipal, si lo tuviera el Ayuntamiento de que se trata, como es el supuesto del de Avilés.

II. El control jurisdiccional posible de las facultades discrecionales de la Administración (control del fin de la actividad administrativa y la desviación de poder; control de los hechos determinantes y control de los Principios Generales del Derecho) afectaría en todo caso a infracciones de la simple legalidad ordinaria y ajenas, por tanto, al marco institucional del proceso especial de la Ley 62/1978.

III. No existe término comparativo idóneo, en el sentido de que a este concepto le atribuye la jurisprudencia constitucional, pues la Administración municipal no estaba obligada a dar un trato igual a todos aquellos que se encontrarán en supuestos de hecho iguales. En los casos de obligatoriedad de la inserción, el texto legal faculta a la Administración para elegir uno de ellos, de donde resultaría que "la discriminación es un elemento de la propia norma, puesto que ésta faculta para elegir uno de los medios y no los demás. Elegir uno u otro no sería producto, entonces, de ninguna discriminación constitucionalmente vedada, al no existir término comparativo posible, sino, en todo caso, un ejercicio desviado de las facultades discrecionales de la Administración, controlable judicialmente a través del mecanismo de la desviación de poder, que (...) pertenece al campo de la legalidad ordinaria".

La STS 3.ª, 7.ª, de 13 marzo 1991, anteriormente reseñada —invocando el precedente de otras Sentencias de esta Sala, de 8 julio 1987 y 14 enero 1988—, reitera la doctrina de que "se infringe el principio de igualdad reconocido por el artículo 14 de la Constitución cuando en la contratación de una campaña institucional se excluye a un periódico en concreto, con tirada superior y tarifas que no exceden de las de otros diarios con los que se había contratado la publicidad" (FD 3.º). En la aplicación de esta doctrina al caso aquí enjuiciado, es necesario tomar en consideración los siguientes hechos determinantes, a partir de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia:

I. La exclusión de la recurrente "Editorial Prensa Asturiana, S. A." (a través del medio "La Nueva España") de las inserciones publicitarias del Ayuntamiento de Avilés, no constituye hecho aislado, esporádico o singularizado, sino una constante a lo largo de un periodo que se extiende más allá del que es objeto del presente recurso (diciembre de 1991-enero de 1992), según resulta de otro recurso paralelo deliberado por esta Sección en la misma fecha.

II. El diario "La Nueva España" es el de mayor tirada regional y sus tarifas publicitarias son también las más altas, si bien esta última circunstancia no fue obstáculo en el pasado para que el Ayuntamiento de Avilés gestionase sus inserciones publicitarias en dicho medio ni fue tomada en consideración para las ulteriores decisiones administrativas de exclusión.

III. En consecuencia, el comportamiento excluyente por parte del Ayuntamiento de Avilés, al marginar sistemáticamente de sus inserciones publicitarias a "La Nueva España", implica la ruptura en la continuidad de una actividad administrativa y el trato diferenciado respecto a otros medios de prensa de menor tirada. Diferenciación sobre la que el citado Ayuntamiento no ofrece más cobertura justificativa que la genérica remisión a la discrecionalidad de las potestades administrativas, supuestamente inmunes al control de constitucionalidad de su ejercicio, en contraste con el respeto a los derechos fundamentales de los administrados.

Puntualiza la Exposición de Motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción que la discrecionalidad "justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones de anulación; y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento Jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber efectuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo". Esta formulación se halla hoy potenciada, a partir de la promulgación de la Constitución, por el principio general de control por los Tribunales de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como del sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE) teniendo siempre en cuenta el deber de servir con objetividad y eficacia los intereses generales (art. 103.1 CE).

Ahora bien, tanto de la resultancia de los hechos objetivamente constatados por el Tribunal sentenciador como de las propias alegaciones del Ayuntamiento recurrente, no se desprende más asidero pretendidamente justificativo, como hemos dicho, que el recurso dialéctico a la discrecionalidad de las potestades administrativas y la remisión a un eventual juicio de legalidad promovido por la vía del procedimiento ordinario. Sin embargo, como aduce con razón la representación procesal de "Editorial Prensa Asturiana, S. A.", discrecionalidad no es arbitrariedad y justo es destacar que, en este caso, el ejercicio de la actividad administrativa cuestionada —consistente en la exclusión sistemática de inserciones publicitarias en el diario "La Nueva España"—, no está conectada a la toma en consideración de factores objetivos que, como la eficacia y racionalidad en las decisiones, el coste económico, la consecución del nivel óptimo de difusión publicitaria u otros análogos de carácter técnico estén vedados a la viabilidad funcional de control jurisdiccional o requeridos de una verificación pormenorizada en el ámbito del procedimiento ordinario. Por tanto, no está en cuestión la validez general de los criterios legales adoptados y seguidos en la toma de las decisiones administrativas, sino la evidencia de que la adopción de estas últimas se basa en la arbitrariedad en su sentido más estricto, como inspiradas por una voluntad preordenada a la preterición de un determinado medio de difusión entre los varios concurrentes en el territorio al que la difusión publicitaria iba dirigida.

Por ello, como declara la sentencia de instancia, "encontrándonos ante un trato discriminatorio no razonable, que no obedece a causas justificadas, la aplicación de los actos administrativos objeto de recurso suponen violación del artículo 14 de la Constitución, ya que el uso de la necesaria discrecionalidad no puede degenerar en la arbitrariedad prohibida en el artículo 9 de la misma".

El motivo, pues, debe ser desestimado.» (Sentencia de 7 de julio de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 5762.)

B) *Lengua en la enseñanza. Validez del Decreto 362/1983, dictado en desarrollo de la Ley de Normalización Lingüística del Parlamento catalán.*

«Rechazadas así las causas de inadmisibilidad propuestas, estamos en disposición de abordar el fondo del asunto.

Dado que el señor G. R. no impugnó la sentencia de instancia, y que, por lo tanto, aceptó la misma en su totalidad, es decir, no sólo en la parte que estimó algunas de sus pretensiones, sino en la que desestimó las restantes, este Tribunal Supremo no puede ahora tocar la sentencia impugnada en cuanto rechazó la impugnación de los siguientes artículos del Decreto 362/1983: el 1.º.1; el 5.º.1; el 6.º; el 10.4; el 11; el 12; el 13, párrafo inicial; el 13.3; el 13.4, párrafo segundo; el 13.4, párrafo tercero; el 13.5, párrafo segundo, y el 14. De suerte que hemos de limitarnos, en razón de la apelación interpuesta por la Generalidad de Cataluña, a examinar la conformidad o disconformidad a Derecho de la sentencia de instancia sólo en cuanto anuló los siguientes preceptos del Decreto 362/1983: el artículo 2.º.1; el artículo 4.º.1 y 2; el artículo 9; el artículo 13 (en sus apartados 1, 2, primer párrafo del apartado 4 y primer párrafo del apartado 5), y la disposición transitoria 1.ª, así como en cuanto anuló ciertos artículos de la Orden 8 septiembre 1983 (y, en concreto, sus artículos 2.º; 3.º; apartado 2; 6.º; 8.º; 9.º; 10 y disposición transitoria 3.ª).

Comenzando por lo que se refiere a la Orden del Departamento de Enseñanza de la Generalidad de Cataluña de fecha 8 septiembre 1983, de la cual la sentencia apelada anuló los preceptos referidos, debe tenerse presente que esta Orden no fue impugnada por el señor G. R., pues no la citó en el escrito de interposición (y ni siquiera en el suplico de su demanda o en el escrito de conclusiones), de forma que su inserción en la parte dispositiva de la sentencia obedeció a una iniciativa propia del Tribunal sentenciador, que, al obrar así, desconoció el requisito de la congruencia de las Sentencias e infringió el artículo 43.1 de la Ley Jurisdiccional, al conceder lo que nadie había pedido. La justificación que ofrece la Sala de instancia en su séptimo considerando (a saber, que no se violaba el principio de congruencia "por ser consecuencia ineludible la nulidad de los preceptos desarrollados y por apoyarse directamente en la misma Orden gran parte de la fundamentación de la contestación a la demanda") es errónea; en efecto, una cosa es que la anulación o declaración de nulidad de un Decreto haya de llevar consigo necesariamente la de la Orden que lo desarrolla, y otra muy distinta que tal cosa haya de hacerse en la misma sentencia y sin que nadie lo haya solicitado, porque el conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo se halla limitado (no sólo para anular los actos o disposiciones impugnados, sino incluso para declarar su nulidad de pleno derecho) por las pretensiones de las partes; y el artículo 43.1 antes citado no permite ninguna excepción a este requisito de la congruencia, porque en el sistema de la Ley Jurisdiccional no existe ni siquiera un precepto paralelo al artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que permite extender la declaración de nulidad a preceptos conexos o derivados, siempre que sean de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley. Y, por lo demás, carece de importancia a estos efectos que la parte demandada citara y argumentara sobre tal Orden en su contestación a la demanda, porque aquélla no puede, al socaire de sus argumentaciones, ampliar el objeto procesal fuera de los límites marcados por el actor en su escrito de interposición. Por todo ello, habremos de estimar este recurso de apelación y revocar la sentencia en cuanto en ella se anulan los preceptos de la Orden 8 septiembre 1983, que nadie impugnó.

Por lo que se refiere a los preceptos del Decreto 362/1983, de 30 agosto, a que esta apelación se refiere, y que fueron anulados por la sentencia recurrida, el sentido de nuestra sentencia ha quedado predeterminado por las declaraciones que el Tribunal Constitucional ha hecho en la Sentencia 337/1994, de 23 diciembre, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad propuesta en nuestro Auto de 15 febrero 1994, declaraciones que vinculan a todos los Poderes Públicos, y, por tanto, tam-

bién a los Tribunales de Justicia (arts. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 octubre 1979, y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 julio 1985). Argumentaremos, en consecuencia, sobre todos y cada uno de los preceptos del Decreto 362/1983 que se cuestionan, por el orden de su propia numeración.

El artículo 2.º.1 del citado Decreto dispone que "no se podrá expedir el certificado que da derecho a la obtención del Título de Graduado Escolar a ningún alumno que habiendo iniciado la EGB después de la publicación de la Ley de Normalización Lingüística no acredite, al finalizar, que tiene un conocimiento suficiente de las dos lenguas oficiales en Cataluña". Este precepto es reproducción, casi literal, del primer inciso del artículo 15 de la Ley 7/1983, el cual ha sido declarado no inconstitucional por el Tribunal Constitucional, si bien con la cautela de que ello es así siempre que tal precepto se interprete en el sentido expuesto en el Fundamento Jurídico número 18, es decir, en el sentido de que "el precepto no añade una nueva condición ni modifica la establecida en la legislación del Estado, sino que integra esa legislación en relación al contenido de los estudios, y ello en el marco de las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma, tratando de asegurar, en el momento de la expedición del certificado de Graduado Escolar, el logro del objetivo establecido en el artículo 14 de la Ley, en relación a la obligatoriedad de la enseñanza de ambas lenguas". Consecuencia de ello es que el precepto reglamentario, que es trasunto del legal, no es contrario al artículo 149.1.30.ª, ni al artículo 3 (núms. 1 y 2), ni al artículo 149.1.1, ni al artículo 139.1, todos ellos de la Constitución española, siempre, naturalmente, que se dé a tal precepto reglamentario la misma interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado al precepto legal. Como, por otra parte, ese artículo del Decreto 362/1983 no viola otros preceptos constitucionales ni legales, habrá de ser reputado ajustado a Derecho (así interpretado), con la necesaria revocación de la sentencia apelada en cuanto lo anuló.

Los números 1 y 2 del artículo 4.º del Decreto 362/1983 disponen lo siguiente: "1. Los alumnos españoles procedentes de centros situados fuera del territorio de Cataluña que se incorporen al sistema educativo catalán en cualquiera de los niveles no universitarios deberán realizar el aprendizaje de la lengua catalana y en ningún caso quedarán exentos de éste. 2. Los alumnos extranjeros que se incorporen al sistema educativo de Cataluña deberán adquirir el conocimiento de las dos lenguas oficiales en Cataluña, sin que se les pueda declarar en ningún caso exentos de su aprendizaje." En el auto proponiendo la cuestión de inconstitucionalidad conectábamos estos dos números con el artículo 14.4 de la Ley 7/1983 (donde, al reconocerse el derecho de los niños a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual, podría pensarse que se está negando ese mismo derecho para la enseñanza media), ya que (decíamos) sólo se puede imponer a españoles y extranjeros que se incorporen desde fuera al sistema educativo catalán el deber de aprendizaje de la lengua catalana si previamente se ha negado el derecho a elegir la enseñanza en castellano y se ha impuesto el deber de conocer las lenguas distintas de la oficial del Estado, conclusiones ambas que dudábamos si eran o no conformes con la Constitución. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad del artículo 14.2 de la Ley, y no porque el planteamiento de esta Sala (a saber, incluido el derecho en la primera enseñanza, debe entenderse excluido en las posteriores etapas educativas) le haya parecido erróneo, sino porque, aceptando tal planteamiento, niega que exista el derecho de los padres y de los hijos a recibir la enseñanza, más allá de la primera, en una sola lengua de su elección. Así, en el Fundamento de Derecho número 9, el Tribunal Constitucional dice que "el contenido del deber constitucional de conocimiento del castellano (...) no puede generar un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano", así como que "ni del contenido del derecho constitucional a la educación reconocido en dicho precepto (27 CE) ni tampoco, en particular, de sus apartados 2.5 y 7 se desprende el derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados", y, de forma más general, y ante el dilema de si del Texto Constitucional se deriva la existencia de un derecho de los padres, y en

su caso, de los estudiantes, a elegir la lengua cooficial en una Comunidad Autónoma en la que han de recibir las enseñanzas en los niveles no universitarios, contesta de forma negativa. Y siendo así las cosas, y no derivándose por lo tanto un tal derecho de la Constitución española, habrán de reputarse ajustados a Derecho los números 1 y 2 del artículo 4.º del Decreto 362/1983, que imponen a españoles y extranjeros que se incorporen desde fuera al sistema educativo catalán el deber de aprendizaje de la lengua catalana. Y habremos de revocar también en esto la sentencia de instancia, que declaró la nulidad de esos preceptos.

El artículo 9.º del Decreto 362/1983 dispone que “se llevará a cabo una extensión progresiva de la lengua catalana como lengua de enseñanza a partir del Ciclo Medio de EGB con el fin de conseguir un conocimiento de la lengua catalana y castellana ponderado y compensatorio en el Ciclo superior y en los niveles de enseñanza secundaria. Reglamentariamente se determinarán las áreas o asignaturas que se deben impartir en lengua catalana en los diferentes niveles no universitarios”. En nuestro auto proponiendo la cuestión de inconstitucionalidad hacíamos depender la validez de este precepto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del ya visto artículo 14.2 y del 14.4 de la Ley 7/1983, pues, decíamos, sólo se puede instaurar y extender progresiva y forzosamente la lengua catalana como lengua de enseñanza a partir del Ciclo Medio de EGB si previamente se ha negado el derecho a elegir la enseñanza sólo en castellano. Ahora ya sabemos que, en efecto, tal derecho no está reconocido en la Constitución española y, por lo tanto, que es constitucional la extensión progresiva de la lengua catalana como lengua de enseñanza, toda vez que “el derecho a la educación que la Constitución garantiza no conlleva que la actividad prestacional de los poderes públicos en esta materia pueda estar condicionada por la libre opción de los interesados de la lengua docente. Y por ello los poderes públicos —el Estado y la Comunidad Autónoma— están facultados para determinar el empleo de las dos lenguas que son cooficiales en una Comunidad Autónoma como lenguas de comunicación en la enseñanza” (Fundamento Jurídico núm. 9, *in fine*). Sin embargo, el Tribunal Constitucional afirma también (Fundamento de Derecho núm. 10) que el precepto autonómico (es decir, el artículo 14.2 de la Ley 7/1983) “de ningún modo entraña la exclusión de una de las dos lenguas cooficiales en los niveles posteriores a la primera enseñanza como lengua docente”, lo que significa que el artículo 9.º del Decreto 362/1983, que impone la extensión progresiva del catalán, y de cuya validez tratamos, no es, por lo tanto, contrario a la Ley 7/1983 si se interpreta en el sentido de que esa progresiva extensión que proclama —y que se encuentra ya prevista en el artículo 14.5.b) de la Ley, precepto que también utiliza el Tribunal Constitucional— no puede llegar a ser tal que excluya en los niveles posteriores a la primera enseñanza a la lengua castellana como lengua docente; y dado que el propio artículo 9.º remite a otras normas reglamentarias “la determinación de las áreas o asignaturas que se deben impartir en lengua catalana en los diferentes niveles no universitarios”, serán estas otras normas (no impugnadas en este proceso) las que habrán de hacer esa determinación sin excluir ninguna de las dos lenguas oficiales. En consecuencia, el artículo 9.º del Decreto 362/1983 no es, así interpretado, contrario a Derecho, ni lo es tampoco la disposición transitoria 1.ª del mismo, que se limita a poner en marcha tal extensión para el curso 1983/1984; por lo tanto, la sentencia recurrida habrá de ser revocada en cuanto declaró la nulidad de aquel artículo 9.º y de esta disposición transitoria 1.ª.

Finalmente, nos ocuparemos del artículo 13 del Decreto 362/1983, y, en concreto, de sus apartados 1, 2, primer párrafo de su apartado 4 y primer párrafo de su apartado 5, que fueron los anulados por la sentencia de instancia. Dichos apartados establecen lo siguiente: “1. La Administración educativa de Cataluña y los centros públicos que de ella dependen utilizarán normalmente el catalán tanto en sus relaciones mutuas e internas como en las que mantengan con las Administraciones territorial y local catalanas y con las demás entidades públicas dependientes de la Generalidad. 2. Las actuaciones administrativas de régimen interior de los centros tales como actas, comunicados varios, horarios, rótulos indicativos de dependencias,

etc., se redactarán normalmente en lengua catalana, y también podrán hacerse en aranés si se trata de centros de la Vall d'Aran. 4. Las actuaciones administrativas interesadas por el público se harán en catalán, exceptuando los casos en que los usuarios las pidan en castellano. 5. Los avisos al público que deban ser insertados en el tablero de anuncios de los centros se harán normalmente en lengua catalana." Por lo que respecta al apartado 1, ya anunciábamos en nuestro Auto de 15 febrero 1994 que podría ser ajustado a Derecho en cuanto impone la utilización normal del catalán en las relaciones entre Administraciones Públicas y entre éstas y los Centros Públicos, y así es, en efecto, ya que en esas relaciones no están en juego derechos individuales de las personas. Y lo mismo ocurre con el número 4 del propio artículo 13 (pese a que por error se citara al final del Fundamento de Derecho vigesimoprimer del auto), ya que la previsión de que las actuaciones se harán en castellano cuando así lo pidan los usuarios respeta el uso de la lengua oficial del Estado. (Y por esta razón, habrá de ser revocada la sentencia impugnada en cuanto anuló los números 1 y 4 del artículo 13.) Sin embargo, respecto del número 2 y primer párrafo del número 5, que imponen el uso normal del catalán en las actuaciones administrativas de régimen interior (v. gr., actas, comunicados, horarios, etc.), y que establecen que los avisos al público que deban ser insertados en el tablero de anuncios de los centros se harán normalmente en lengua catalana, esta Sección 3.ª condicionó su validez a la del artículo 20 de la Ley 7/1983, a cuyo tenor "los centros de enseñanza deben hacer de la lengua catalana vehículo de expresión normal, tanto en las actividades internas, incluyendo las de carácter administrativo, como en las de proyección externa". Razonábamos que si bien es legítimo hacer de la lengua catalana vehículo de expresión normal con otros Centros y con las Administraciones públicas del territorio, en cambio, respecto a las relaciones con los padres y estudiantes, el precepto entraña, por constituir la lengua catalana el "vehículo de expresión normal" del Centro, que la lengua castellana quede relegada al puesto de secundaria o accesoria pese a ser la oficial del Estado y la única que no puede ser desconocida; pues no se prescribe que los horarios de enseñanzas, comunicados y avisos en los tabloneros de anuncios y rótulos de las dependencias del Centro se redacten en catalán y castellano, ni se permite que los interesados puedan solicitar que se hagan también en castellano. Por lo que esta virtual exclusión del castellano, a nuestro juicio, podría ser contraria a los artículos 3.1 y 2, 9.2, 14 y 27.2 CE.

Según el Tribunal Constitucional, "ningún reproche puede merecer que en los Centros docentes radicados en Cataluña la lengua catalana haya de ser vehículo de expresión normal tanto en las actividades internas como en las de proyección exterior" (Fundamento de Derecho núm. 21), y ello porque "el significado del precepto impugnado no entraña en modo alguno que el catalán haya de ser utilizado como lengua única en las relaciones de los ciudadanos con los Centros docentes situados en Cataluña, ni en las de éstos con aquéllos, con el consiguiente desconocimiento o exclusión del castellano", ya que "el adjetivo 'normal' que utiliza el artículo 20 de la Ley excluye la idea de deber o imposición que justificaría la duda sobre su constitucionalidad". Pues bien, dado que ese mismo adverbio ("normalmente") es el que utilizan los números 2 y 5 del artículo 13 del Decreto 362/1983, la conclusión sobre la validez de los preceptos reglamentarios no puede ser distinta a la propugnada por el Tribunal Constitucional para el precepto legal. Por lo tanto, cuando el número 2 del artículo 13 dispone que los rótulos, los comunicados varios, los horarios, etc., se redactarán normalmente en catalán, y cuando el número 5 establece que los avisos al público se harán normalmente en lengua catalana, ha de entenderse que esas prescripciones no entrañan en modo alguno que el catalán haya de ser utilizado como lengua única, ya que el empleo del adverbio "normalmente" excluye la idea de deber o imposición que justificaría la duda sobre su constitucionalidad. Así interpretados, los números 2 y 5 del artículo 13 del Decreto 362/1983 no son contrarios a la Ley 7/1983, sino que representan un desarrollo ajustado a Derecho, y, en consecuencia, la sentencia impugnada debe ser revocada en cuanto declaró su nulidad.» (*Sentencia de 13 de julio de 1995, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6107.*)

VI. SANCIONES

Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados. Infracción consistente en retraso o desidia en el despacho de los asuntos. Precisión sobre el contenido del tipo infractor.

«Desechadas las alegaciones de tipo jurídico-formal, ha de entrarse a decidir sobre los aspectos preponderantemente sustantivos del pleito, y singularmente sobre si los hechos imputados eran, o no, susceptibles de ser encuadrados en el tipo de infracción elegido por los órganos sancionadores, que era la tipificada en el artículo 418.8.º LOPJ en el aspecto concerniente a “retraso o desidia en el despacho de asuntos que no pueda calificarse de muy grave”, según expresamente se expone en la resolución de la Sala de Gobierno. Para el examen de este problema, se considera oportuno partir de la doctrina legal sentada en la Sentencia de este Tribunal de 11 junio 1992, en la que se establece que el retraso en el desempeño en la función judicial, en cuanto determinante de las infracciones que bajo esa denominación se tipifican en la LOPJ, resulta ser un concepto jurídico indeterminado, para cuya concreción han de ser utilizados tres criterios: primero, la situación general del Juzgado en lo afectante a asuntos y personal; el segundo, el retraso materialmente existente, que es lo que sugiere la falta de dedicación del imputado, y, por último, la efectiva dedicación del Juez a su función. De ello deriva el que, según la sentencia, las actas de la Inspección deben reflejar no sólo negativamente, el trabajo no hecho, sino también y positivamente la tarea efectuada.

Desde la perspectiva jurídica indicada, ha de hacerse notar que en la resolución de la Sala de Gobierno del TSJ de Canarias, luego confirmada por el Consejo en alzada, se señalan como hechos probados determinantes del tipo aplicado, que la imputada, durante el tiempo que desempeñó en el entonces Juzgado de Distrito de La Orotava, dictó 52 sentencias civiles y 351 en juicios de faltas, siendo así que durante el año 1989, en ese Juzgado fueron puestos en trámite 103 asuntos civiles y 812 juicios de faltas. Que de 24 asuntos civiles examinados, 3 se encontraban o habían sido suspendidos en su curso por la señora G. C., debido a actuaciones penales preferentes. Ochenta y ocho asuntos penales correspondientes a 1989, cuyo número de registro se concretó, habían sido suspendidos desde su iniciación y en ese estado continuaban. Del año 1987, otros 9 venían manteniéndose en trámite a base de repetición de providencias sin contenido procesal y tendientes a evitar la prescripción de la falta, y hallándose en esa misma situación otros 23 de 1988.

En tan escueta relación de hechos se aprecia que no se recogen otros reflejados en la propuesta de resolución de 1991, que también resultan acreditados por el resultado de los autos, según comprueba este Tribunal, y que son relevantes para el enjuiciamiento que se realiza, tales como el tiempo de efectivo ejercicio de la función por la sancionada, descontadas las vacaciones y permisos legalmente disfrutados y el que sirvió, por imperativo legal y sin tachada insuficiencia o inefectividad, en el Juzgado de instancia número 1 de Orotava, desde el 3 de mayo hasta el 17 de julio de 1991, que dejan reducido el tiempo al que es referible la imputación a poco más de nueve meses; así como que durante el desempeño de su servicio durante los meses de noviembre y diciembre de 1988, también tenido en cuenta para sancionar, dictó aquellas dos sentencias civiles y sesenta penales, y que en la fecha de cese del anterior titular estaban en trámite 42 asuntos civiles y 356 juicios de faltas. Añádase a ello que del expediente resultan otros hechos que también pueden darse por probados, igualmente relevantes a efectos de esta sentencia, y que tampoco fueron tenidos en cuenta por los órganos sancionadores, relativos a que durante el período de los hechos la Juez sancionada dictó 30 autos resolutorios de asuntos civiles (14 de 1989, 13 de 1988 y 3 de 1987) y 379 de juicio de faltas, que tanto durante 1988 como 1989 la señora G. C. celebró semanalmente juicios de faltas y que asistía personal-

mente a las pruebas civiles. Igualmente consta que al inicio de 1989, prácticamente se renovó la totalidad de la plantilla que le auxiliaba en aquel Juzgado que constituía el primer destino de la sancionada.

Los hechos constatados permiten inferir que, efectivamente, se daba una situación objetiva de retraso en el despacho de asuntos, con efectos claramente perjudiciales para los particulares afectados, singularmente en materia penal. Pero esa circunstancia no era bastante para acreditar la completa realización del tipo de infracción imputado, que hay que recordar, que junto al retraso, también señalan como elementos del tipo, la "desidia" en el despacho de asuntos, que es circunstancia que no está acreditada, interpretado ese concepto jurídico, en el sentido indicado por la jurisprudencia antes reseñada, comparando la efectiva actividad de la sancionada con el volumen real de asuntos, en el que naturalmente deben incluirse no sólo los incoados durante 1989, como han hecho los organismos sancionados, sino también los procedentes de fechas anteriores a la toma de posesión de la señora G. C., y con el número de resoluciones dictadas, que superan en unos 460 a las tenidas en cuenta para sancionar. Debiendo además considerarse la concreta situación personal de la imputada, que ocupaba su primer destino profesional, y el que la mayor parte del tiempo tuvo que valerse de un personal auxiliar nuevo en el Juzgado, cuyo ritmo de trabajo, objetivamente considerado, atendiendo a la frecuencia de celebración de juicios de faltas (semanalmente y con señalamiento de más de diez asuntos por sesión), y a las fechas de pronunciamientos de las sentencias civiles, no merecía especial reproche, máxime si se tiene en cuenta que las suspensiones tanto de juicio de faltas como de procesos civiles, durante 1989, en que descansa la esencia del reproche en los actos recurridos, no superaban el 10 por 100 de los asuntos en trámite, y que la de los asuntos civiles podía tener una explicación no imputable a la sancionada, como razonó el Instructor, salvo en dos asuntos, de entre los examinados según el Acta del Inspector.» (*Sentencia de 14 de julio de 1995, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 6215.*)

VII. URBANISMO

A) *Suelo no urbanizable. Se aprecia la utilidad pública y el interés social de un campo de golf para autorizar su construcción y la de sus edificaciones complementarias en suelo no urbanizable.*

«La sentencia de instancia estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Promoblanca, S. A.", contra la Resolución de 4 octubre 1990 de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante, por la que se había denegado la autorización para la instalación en la partida de Bacarot, de Alicante, de un campo de golf e instalaciones complementarias, con un hotel y un club social, "anulando y dejando sin efecto parte de la citada resolución por ser contraria a Derecho, debiendo autorizar la construcción del referido campo de golf, salvo el hotel proyectado", habiendo sido base de su decisión estimatoria reputar excesivamente restrictiva la interpretación de la Administración en lo referente al club social, habida cuenta de que la edificación iría ligada a los usos o actividades admitidos y que no cabía suponer un campo de golf sin el correspondiente club social e instalaciones complementarias, y que el supuesto estaba afectado por la excepción regulada en el artículo 85.2 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana por existir informes municipales y medioambientales favorables al proyecto y ser compatible e inseparable la construcción de un campo de golf en el correspondiente club social e instalaciones complementarias, por contra de lo que sucedía respecto del referido hotel. Consentida dicha sentencia por la demandante "Promoblanca", contra la parte de la

misma que le perjudica ha interpuesto recurso de casación la Generalidad Valenciana por un único motivo, que es de suponer ampara en el número 4.º del artículo 95.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por referencia al escrito de preparación, por interpretación errónea de los artículos 85 y 86 de la precitada Ley, Texto Refundido 9 abril 1976, que en su decir atribuyen a la Administración una potestad discrecional y que se traduce en una interpretación restrictiva, citando al efecto las Sentencias de este Tribunal de 30 abril 1983 (RJ 1983, 2291) y 2 julio 1986 (RJ 1986, 6838), que el sexto fundamento de la segunda transcribe.

Esta Sala tiene reiteradamente declarado —Sentencia de 24 mayo 1995 (RJ 1995, 3812) y las que en ella se citan— que según se desprende del contenido de los artículos 85 y 86 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido 9 abril 1976, y 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística, en relación con los artículos 178 y 179 de dicha Ley y 1.º y 4.º del Reglamento de Disciplina Urbanística, la realización sobre suelo no urbanizable de edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural o edificios aislados destinados a vivienda unifamiliar en lugares donde no exista posibilidad de formación de un núcleo de población está sujeta a la obtención de dos distintos actos autorizatorios —extremo hoy aclarado por el artículo 16 del actual Texto Refundido 26 junio 1992—, por una parte, la autorización del órgano competente de la correspondiente Comunidad Autónoma, a otorgar por el procedimiento regulado en el artículo 43.3 del mismo Texto Refundido, desarrollado en el artículo 44 del Reglamento de Gestión Urbanística, y a efectos de intervenir en la implantación en un suelo no destinado a recibirlas de edificaciones o instalaciones que sólo en determinados supuestos pueden emplazarse en él, y por otra parte, la licencia de obras del Ayuntamiento correspondiente, a conceder por el procedimiento ordenado en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y a los efectos intervencionistas en materia propiamente urbanística, de exclusiva competencia municipal, siendo la autorización previa a la licencia y necesaria para que pueda otorgarse y siendo extremos a fiscalizar por la Administración competente para dispensarla, en un caso, la posibilidad de darse ocasión a la formación de un núcleo de población y, en otro, que es al que se refiere la cuestión litigiosa, que las edificaciones e instalaciones sean de utilidad pública o interés social, requisitos no concurrentes sino alternativos, como su disyuntiva denota, y que hayan de emplazarse en el medio rural.

La Generalidad Valenciana recurrente desarrolla su motivo de casación, como ya se ha dicho, en considerar su potestad autorizatoria como una potestad discrecional, discrecionalidad que le permite garantizar los principios que inspiran el régimen del suelo no urbanizable, y que se traduce en una interpretación restrictiva en la que se debe tener en cuenta la necesidad de conservar el espacio rural y el medio ambiente frente a otros intereses, protección garantizada por la Constitución. Esta argumentación ni en su principio ni en su consecuencia puede merecer la aceptación de esta Sala, toda vez que, por una parte, la recurrente está confundiendo la discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, y los conceptos jurídicos indeterminados o referencia legal a una esfera de la realidad cuyos límites no se dejan bien precisados en su enunciado pero los que intenta delimitar un supuesto concreto, cuya aplicación es un caso de aplicación de la ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas, siendo así que, evidentemente, los artículos 85 y 44 antes citados, al utilizar los términos "utilidad pública" o "interés social" y "que hayan de emplazarse en el medio rural" no se están remitiendo a la discrecionalidad administrativa, sino empleando conceptos jurídicos indeterminados para cuya aplicación no juega la voluntad del aplicador y sí el juicio de comprensión de unas circunstancias reales en ellos, y por otra parte, presupuesto lo anterior, el ejercicio de la potestad autorizatoria en modo alguno puede ser restrictiva, pese a la ex-

cepcionalidad de los supuestos de su ejercicio, sino acomodada a la comprensión del supuesto de hecho en la norma que ha hecho posible algo pese a hacerlo posible sólo en casos concretos, puntualizaciones éstas a las que no se oponen las sentencias invocadas por la recurrente, incapaces por sí solas de formar jurisprudencia. Por ello, siendo extremo indiscutible que un campo de golf, con sus instalaciones complementarias y club social, extremos a que limitó la Sala de instancia la pretensión actora, necesariamente ha de ser emplazado en el medio rural, o suelo no urbanizable, siquiera pudiera serlo también el suelo urbanizable cuando éste se hubiera destinado a tal efecto, y que el mismo y tales instalaciones y club responden a una demanda en la que late más que suficiente el interés social y la utilidad pública, cual es la disposición de medios donde practicar un deporte, deporte que como a todos erige la Ley del Deporte de 15 octubre 1990, en su artículo 1.º, en factor fundamental de la formación y del desarrollo integral de la personalidad y manifestación cultural objeto de fomento y tutela por los poderes públicos del Estado, fomento que igualmente dispone el artículo 43 de la Constitución, se impone la desestimación del único motivo de casación y la consiguiente declaración de no haber lugar al recurso.» (*Sentencia de 5 de junio de 1995, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 4937.*)

B) *Licencias.*

1. *Subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en la competencia municipal. Interpretación restrictiva en virtud del principio de autonomía local.*

«Conforme se desprende del expediente administrativo y de los propios autos, el ahora apelado solicitó la licencia de construcción de un edificio de varias plantas, el 17 de julio de 1986, y dirigiendo escrito, el 18 de septiembre de 1986, a la Comisión Provincial de Urbanismo denunciando la mora municipal, la que a su vez ofició al Ayuntamiento de Lugo el mismo día 18 de septiembre de 1986 para que le remitiese el expediente y oportuno informe, escrito que tuvo su entrada en el referido Ayuntamiento el 23 de septiembre del mismo año, siendo cumplimentado por el Ayuntamiento el 3 de octubre de 1986 con remisión del expediente y participando que la licencia solicitada había sido denegada por la comisión de gobierno municipal el 30 de septiembre de 1986.

Esta Sala tiene reiteradamente señalado en Sentencias de 26 septiembre 1986 (RJ 1986, 5992), 21 marzo 1988 (RJ 1988, 2241) y 17 julio 1990 (RJ 1990, 6568), entre muchas otras, que la fórmula subrogatoria del artículo 9.1.7.ª) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales no es sino una sustitución puntual en el ejercicio de una competencia municipal sujeta a un límite temporal, competencia que bien pudo ser actuada por el Ayuntamiento dentro del plazo establecido, si bien el principio de autonomía local ha obligado a la jurisprudencia a interpretar restrictivamente el alcance de la transferencia intersubjetiva de ejercicio de funciones que la subrogación acarrea siempre, e incluso a entender que la competencia municipal subsiste en tanto el Ayuntamiento no recibe el requerimiento de la Comisión Provincial de Urbanismo para la remisión del expediente, y ello en base a que armoniza mejor con aquella autonomía el mantenimiento de la competencia municipal durante el mayor lapso de tiempo posible.

La fórmula subrogatoria está prevista no para privar al Ayuntamiento de una competencia que se puede calificar de natural en él, sino para apurar las posibilidades de que no haya necesidad de recurrir al empleo de la técnica del silencio administrativo positivo, puesto en cuarentena por la entonces vigente Ley del Suelo de

1976 en su artículo 178.3, y buena prueba de ello está en el citado artículo 9.7.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, donde al acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo no se impone al peticionario de una licencia como una obligación, sino como una simple carga —podrá acudir, dice el precepto—, si es que quiere obtener respuesta inmediata a su petición.

En el supuesto aquí enjuiciado, y de conformidad con los hechos y jurisprudencia expuestos, es llano que la Sala de instancia procedió con acierto al calificar como nula de pleno derecho la resolución municipal de 30 de septiembre de 1986, desestimatoria de la solicitada licencia de obra, en base a lo dispuesto en el artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, al carecer manifiestamente de competencia para dictar esa resolución el Ayuntamiento de Lugo, toda vez que el 23 de septiembre anterior había ya recibido el requerimiento de remisión del expediente de la Comisión Provincial de Urbanismo. Por ello, y ante la nulidad de esa resolución municipal, la Comisión debió haber asumido la subrogación, válidamente peticiónada por el aquí apelado, sin que sea de recibo la alegación formulada sobre el alcance de la decretada suspensión del otorgamiento de licencias adoptada por el Ayuntamiento de Lugo en 27 de diciembre de 1985 y 5 de junio de 1986, toda vez que el propio peticionario de la licencia en la vía administrativa había venido insistiendo, razonablemente, en la carencia de esos pretendidos efectos suspensivos de otorgamiento de licencias, en base a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley del Suelo de 1976 y artículo 8 del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 octubre, al haberse aprobado inicialmente el Plan General de Urbanismo de Lugo el 16 marzo 1983.

La Comisión Provincial de Urbanismo debió dar respuesta a tales alegaciones, así como a la procedencia o no de la aplicación del silencio positivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.7.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en relación con lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley del Suelo, que prescribe que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de los Planes de Urbanismo.

Por todo ello, es procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el fallo de la sentencia apelada sobre la procedencia del pronunciamiento expreso de la Comisión Provincial de Urbanismo, en el ejercicio de la facultad subrogatoria legalmente determinada al ser la competente para dictar tal resolución.» (*Sentencia de 18 de abril de 1995, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 4168.*)

2. Movimiento de tierras. No procede en relación a una fábrica de cemento que obtuvo la licencia de actividad. La licencia de movimiento de tierras debe entenderse concedida al obtener la licencia de apertura.

«Las alegaciones del apelante Ayuntamiento de Sitges en apoyo de su pretensión de revocación de la sentencia de instancia y desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Uniland Cementera" contra los Decretos de su Alcalde de 13 mayo y 10 noviembre 1988 y 6 febrero 1989 en forma alguna pueden ser aceptadas al fin propuesto, motivo por el que se impone el rechazo de su apelación y la confirmación de dicha sentencia.

En efecto, en cuanto al ámbito de las licencias de actividades en que se encuentra en posesión la sociedad actora necesariamente ha de concluirse con la Sala de Barcelona en la extensión de las mismas no sólo a la fábrica, sino a la cantera, siendo al respecto enteramente suscribibles todas las razones expuestas en el cuarto fundamento de derecho de su sentencia para llegar a tal conclusión, sin que los argumentos del apelante tengan la necesaria virtualidad por contradecirlas y llegar a la distinta de comprender únicamente la actividad fabril, sobremanera cuando el perito Ingeniero de Minas don Eduardo B. B., designado por insaculación y sin tacha, estableció en su dictamen, tras los previos razonamientos, que el perímetro o

campo de explotación de la cantera era igual al de 1972, año de la primera de las referidas licencias, que en los proyectos y documentos de esta licencia y de la de ampliación de 1974 se comprendía la cantera, y que la fábrica y la cantera constituían una sola unidad de producción.

Y en lo que respecta a la necesidad de licencia de obras, además de la de actividades, como ya dijimos en nuestra Sentencia de 2 junio 1992 (RJ 1992, 4811) acerca de un supuesto idéntico, "cierto es que en principio la licencia de actividades y la licencia de obras, reguladas respectivamente en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 noviembre 1961 y en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 abril 1976, son autorizaciones distintas y a diferentes efectos, objeto cada una de sus particulares comprobaciones previas y a conceder en procedimientos separados en que el otorgamiento de la primera precede al de la segunda. Mas si ello es así en términos generales, lo mismo no puede sostenerse cuando el objeto de una y otra sea idéntico, de suerte que se confundan por ser las obras a realizar la propia actividad, y en el procedimiento del otorgamiento de la de mayor amplitud, evidentemente la de actividades, se examinan también los posibles inconvenientes que desde distinto punto de vista pueden obstar a las obras en sí, debiendo en estos casos entenderse concedida con la licencia de actividades la licencia de obras que en otro caso habría de reputarse necesario para obtener por separado". Conclusión ésta que obtenida por la Sala de instancia en su aceptado quinto fundamento de derecho conduce a la estimación del recurso contencioso-administrativo deducido por la referida sociedad, pues obtenida por la misma la licencia de actividades para la explotación de la cantera que posee en el término municipal de Sitges, y confundiendo en este caso la propia actividad con las obras precisas para realizarla, que son los necesarios movimientos de tierras para extraer el mineral, y siendo hecho indiscutido que al tiempo de su otorgamiento hubieron de examinarse las incidencias de tales movimientos en el ambiente físico desde el punto de vista del otorgamiento de una licencia de obras, ya que así lo preceptúa el artículo 30.1 del antes citado Reglamento, es indiscutible que al obtener tal licencia obtuvo igualmente la de movimiento de tierras que por el Ayuntamiento de Sitges se le exige en sus impugnadas resoluciones.» (*Sentencia de 17 de julio de 1995, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6168.*)

VIII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Recurso de casación. Durante la tramitación de un recurso de casación no puede abrirse un incidente de suspensión del acto impugnado, puesto que el régimen de su ejecución deriva de la Sentencia de instancia, sujeta al régimen de ejecución provisional.

«El artículo 98.1 de la Ley 10/1992, de 30 abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, dispone en su apartado 1 que "la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida", estableciendo el propio artículo, en lógica coherencia con lo dicho, que el Tribunal *a quo* deje testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida, "para proceder a su ejecución".

En Auto de 11 enero 1993 (RJ 1993, 4795), dictado en el recurso 429/1992, hemos indicado que el sentido del precepto es permitir la denominada ejecución provisional o anticipada, regulada para la casación por los artículos 1722 y 1723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 385 de la misma.

Conforme con este criterio, resulta que el problema de la ejecución o suspensión del acto administrativo impugnado será una cuestión sometida al régimen general

regulado en los artículos 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción mientras dura el procedimiento de instancia, pero, sin embargo, una vez pronunciada sentencia en éste, pasa a ser un tema de si procede o no la ejecución de la propia sentencia, de modo que —sin perjuicio de los remedios procesales que sean posibles frente a la decisión que en este punto adopte la Sala sentenciadora— en principio no cabe admitir que ante el Tribunal Supremo y en trámite de casación sea legalmente posible abrir un incidente de suspensión del acto administrativo sobre el que se litiga, puesto que el régimen jurídico de su ejecución deriva de la sentencia impugnada en casación, la cual, a su vez, queda sometida al previsto en el mencionado artículo 98.» (*Auto de 8 de marzo de 1995, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4107.*)

IX. RESPONSABILIDAD

Nexo causal.

1. *No son imputables a la Administración los perjuicios originados por no reanudar la actividad paralizada por la Administración cuando se obtuvo la suspensión de la ejecutividad del acuerdo administrativo, no siendo óbice que la suspensión no fuera efectiva por no haberse aportado la caución requerida.*

«Señalada la procedencia de la reparación de las lesiones patrimoniales padecidas por los reclamantes, resulta necesario cuantificar en qué montante económico ha de consistir, siendo inexcusable para poder establecer la cifra en que se evalúen los perjuicios sufridos acotar primero, el ámbito temporal de la paralización de la actividad que se venía llevando a cabo, señalando el *dies a quo* y el *dies ad quem* en que ésta se produce por causa imputable al Ayuntamiento de Quirós, existiendo a estos efectos y con respecto al *dies a quo* dos momentos diferenciados: a) El día 14 de febrero de 1984, en que el Alcalde de Quirós, acompañado por fuerzas de la Guardia Civil, se persona en las obras y ordena *de facto* la paralización de la actividad, y b) La fecha del acuerdo corporativo (29 de noviembre de 1984) en que se suspende la licencia otorgada y que se materializa efectivamente el 14 de diciembre de 1984 y cuyo acuerdo fue declarado nulo por la sentencia de la Sala de Oviedo a que se ha hecho mérito, y en esta disyuntiva, hemos de decantarnos por la primera de las fechas citadas, en razón a que, si bien no había existido acuerdo del Ayuntamiento todavía, en orden a la paralización de la actividad, ésta se produjo realmente, como seguidamente señalaremos, por decisión del señor Alcalde, que, acompañado por la Guardia Civil, se personó en las obras y ordenó su paralización, existiendo, pues, acto administrativo en el sentido amplio que el concepto tiene en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y el alcance que nuestra jurisprudencia ha deparado al concepto de “servicio público” a los fines del artículo 106.2 de la Constitución (que es la materia que nos ocupa) entendiéndolo como toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad (Sentencias de 5 junio 1989 y 22 marzo 1995), habiéndose producido efectivamente dicha paralización por la decisión de la Alcaldía, como lo prueba en primer término, que la sociedad explotadora de la concesión se dirigió a la Dirección Provincial del Ministerio de Industria y Energía en Asturias, en 16 de febrero de 1984 (folio 255 de los autos), poniendo en conocimiento tales hechos y está corroborado por el oficio de 21 de febrero de 1984 del señor Director Provincial (folio 160 de los autos), en el que se expresa en el segundo párrafo del epígrafe “Juicio Crítico”, que “*el vertido de escombros se encuentra interrumpido desde el 15 de fe-*

*brero pasado y la explotación paralizada como consecuencia de esta interrupción”, y también acreditado por el informe de los tres Ingenieros de dicha Dirección obrante al folio 258 y siguientes, en el que se afirma en 10 de diciembre de 1984 “que dichos trabajos (los de explotación) han estado paralizados, desde febrero de 1984 hasta primeros del presente mes de diciembre en que han sido reanudados...”, por lo que no parece ofrecer dudas que la explotación como consecuencia de lo ordenado por el Alcalde de Quirós estuvo paralizada desde el día 14 de febrero de 1984, debiendo pues referirse a esta fecha el *dies a quo* o fecha inicial de la paralización de la actividad extractiva. Respecto de la fecha final de la citada paralización, o *dies ad quem*, la misma ha de situarse en el momento en que la autoridad jurisdiccional, la Sala de Oviedo, en la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo, dictó el auto decretando la suspensión de la ejecutividad del acto combatido, en cuyo momento y desde dicha fecha (15 de junio de 1985) pudo y debió la sociedad recurrente reanudar los trabajos, o actividad extractora paralizada, si tan cuantiosos perjuicios como se reclaman se le estaban produciendo como consecuencia de la paralización de la actividad decretada, sin que a ello sea obstáculo, como se alega, que el Tribunal acordase la suspensión previa caución de 5.000.000 de pesetas a prestar en cualquiera de las formas que recoge el artículo 124.2 de la Ley de esta Jurisdicción; entre las que se encuentra el aval bancario, pues es difícil compaginar que una empresa del volumen de la actora —que aduce que la paralización padecida le está ocasionando unos perjuicios de la elevada cuantía como la postulada y que su situación se agrava cada día que la paralización discurre—, con la imposibilidad de obtener la caución señalada por la Sala para suspender la paralización y poder así reanudarla evitando los perjuicios y daños que paulatinamente se le iban produciendo, por lo que este proceder incide o influye en el nexo causal, alterándolo, sin que por tal razón quepa anudar desde esta fecha los efectos lesivos a la actuación municipal en su doble vertiente, de actividad de su Alcalde y Corporativa, debiendo a partir de esta fecha soportar los efectos lesivos que se hayan producido, pues por su propia conducta omisiva o de falta de diligencia le hace acreedora del deber jurídico de soportarlos, por cuyas razones procede únicamente entender como imputable al Ayuntamiento de Quirós la paralización de la actividad desde el 14 de febrero de 1984 hasta el 15 de junio de 1985 —con el lapso de tiempo comprendido entre el 19 de noviembre de 1984 y el 14 de diciembre de dicho año, en que la empresa reanudó los trabajos—, período temporal al que sólo es posible, por las razones dadas, anudar los efectos lesivos derivados de la actividad municipal anormal, sin que puedan ser los posteriores a dicha última fecha, porque en ésta estaba sin trabas, en la esfera dispositiva de la reclamante la reanudación de los trabajos extractivos paralizados.» (Sentencia de 23 de junio de 1995, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4782.)*

2. *Por daños sufridos en un Hospital Público de Andalucía. Inexistencia de nexo causal. No se demuestra de modo determinante que la lesión del paciente derivara del tratamiento médico recibido en el Hospital.*

«En el Fundamento Jurídico Quinto de su sentencia, la Sala de primera instancia valora primero el informe pericial emitido por un Profesor de Dermatología de la Facultad de Medicina de Sevilla, aceptándolo íntegramente e, incluso, afirmando tajantemente lo que éste plantea como hipótesis.

El citado perito concluye que “por simple deducción consideramos que la radiación ionizante puede ser considerada como la causa desencadenante de dicho carcinoma basocelular”, mientras que la Sala afirma que “dichos informes atribuyen el origen del carcinoma a radiación ionizante”, eludiendo que en el propio dictamen se afirma que el carcinoma basocelular (CB), desde el punto de vista etiológico, es de origen desconocido aunque “parece” estar demostrado su desencadenamiento por

distintas causas, que enumera, para terminar descartando las demás y señalar la radiación ionizante, a la que dice "*parece* haber estado sometido el paciente", como la determinante, mientras que excluye las otras causas con argumentos tan escasamente fiables como el de que no existe malformación congénita y, por consiguiente, no puede atribuirse a alteraciones genéticas, o que no es atribuible al efecto de otras sustancias químicas por la normalidad de las cifras de arsénico y ausencia de contacto con sustancias cancerígenas, ni tampoco por degeneración senil, dada su aparición precoz, o bien que su localización en zona cubierta descarta la influencia de radiación lumínica.

En definitiva, el mencionado informe pericial, más que una conclusión científica o médica, lo que hace es establecer una hipótesis, al afirmar que, "como *parece* que el paciente ha estado sometido a radiación ionizante, ésta es la causa del carcinoma basocelular", con lo que acepta una premisa que sería necesario acreditar, cual es haber estado sometido a tal radiación, lo que, como examinaremos, no se ha probado ni siquiera por indicios.

El informe, además, desecha gratuitamente alguna de las otras causas, que enumera como desencadenantes de tal enfermedad, y así asegura que no es por efecto de la radiación solar, al localizarse la lesión en zona cubierta, sin que haya constancia de que el paciente no se hubiera expuesto a tales radiaciones, como es frecuente en determinadas prácticas muy generalizadas entre la población, cual son los baños en el mar o piscinas, la natación u otros deportes, así como algunos trabajos o ejercicios físicos al aire libre. Con la misma falta de rigor sostiene que no es producto de alteraciones genéticas al no existir malformación congénita, sin expresar las pruebas practicadas para descartar cualquier predisposición o mutación genética, y otro tanto cabe decir de su genérica afirmación acerca de la falta de contacto con otras sustancias cancerígenas sin más precisiones.

La apreciación crítica de la mencionada prueba pericial médica no permite llegar a la misma conclusión que la sentencia apelada, puesto que no resulta clínicamente cierto ni probable que el carcinoma basocelular padecido por el demandante, ahora apelado, tuviese como causa la radiación ionizante.

Del resultado de los demás informes, relativos a las condiciones de seguridad de las instalaciones radiológicas del Ambulatorio en el que prestaba sus servicios el apelado, tampoco cabe deducir que el personal hubiera sufrido cualquier anomalía o padecimiento por efecto de radiaciones ionizantes, y así se acredita tanto como la comunicación que el Director Gerente del Hospital Universitario "Virgen del Rocío" remite el 31 de mayo de 1989 al Presidente del Colegio Oficial de Médicos como con el informe de la Asociación de Radiólogos del Sur, entregado el 29 de junio de 1989 al propio Presidente del citado Colegio Oficial de Médicos, en los que se afirma que "los informes dosimétricos del personal profesionalmente expuesto, no revelan ningún riesgo que atente a la salud de los trabajadores", y que "queda claramente establecido que el personal sanitario ha estado indebidamente sometido a un riesgo, si bien parece que los estudios dosimétricos realizados no presentan valoraciones por encima de lo previsible".

Es más, todos los informes, emitidos después de las correspondientes revisiones llevadas a cabo en las instalaciones radiológicas, descartan radiación en las consultas de la planta inferior, en la que estaba situada la del reclamante, y así lo recoge la propia sentencia apelada, por lo que, en contra de la conclusión de ésta, no existe indicio alguno de que aquél estuviese expuesto a radiaciones ionizantes en el Ambulatorio en el que, como dermatólogo, prestaba sus servicios médicos, y, por consiguiente, el carcinoma basocelular que sufrió no puede relacionarse con unas radiaciones de tal clase, a las que no estuvo sometido mientras pasaba su consulta.

Por todo lo expuesto, hemos de acoger el motivo de impugnación de la sentencia apelada por inexistencia de nexo causal entre el funcionamiento de las instalaciones del Servicio de Radiología del Ambulatorio en el que tenía consulta médica el reclamante y el carcinoma basocelular padecido por éste, ya que tal relación de causalidad es imprescindible para establecer y declarar la responsabilidad patrimonial de

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

las Administraciones Públicas al amparo de lo dispuesto por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y en la actualidad regulada con carácter general por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según hemos declarado, entre otras, en nuestras Sentencias de 1 abril 1995 (RJ 1995, 3226) (Recurso de casación 337/1992, fundamento jurídico tercero), 23 mayo 1995 (RJ 1995, 4220) (Recurso de apelación 11857/1990, fundamentos jurídicos cuarto y sexto), 3 junio 1995 (RJ 1995, 5258) (Recurso de apelación 4108/1991, fundamento jurídico tercero) y 24 junio 1995 (RJ 1995, 5873) (Recurso de apelación 5763/1991, fundamento jurídico cuarto).» (*Sentencia de 8 de julio de 1995, Sala 3.ª, Sección 8.ª, Ar. 6014.*)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS

